

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS

ANO LETIVO 2010/2011

EMANUEL ANDERSON DA COSTA MARTINS



**UMA ANÁLISE CRÍTICA DA IDEIA DE RAZÃO PÚBLICA NO LIBERALISMO
POLÍTICO DE JOHN RAWLS**

LISBOA

2013

EMANUEL ANDERSON DA COSTA MARTINS

**UMA ANÁLISE CRÍTICA DA IDEIA DE RAZÃO PÚBLICA NO
LIBERALISMO POLÍTICO DE JOHN RAWLS**

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Políticas, da Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa – Núcleo de formação Pós-Graduada, como requisito final à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Luís Pedro Pereira Coutinho.

LISBOA

2013

RESUMO

O presente estudo é constituído, essencialmente, por três propostas metodológicas diretamente relacionadas entre si. Na primeira proposta, desenvolvemos uma análise crítica sobre os limites intrínsecos de uma das ideias mais proeminentes da doutrina liberal do final do século XX, ou seja, a tese de John Rawls a respeito de razão pública. Sabe-se, todavia, que para alcançar êxito nesse desiderato, é necessário abordar, sistematicamente e pontualmente, os principais conceitos que justificam a ideia a ser criticada, previstas nas obras: *Uma Teoria da Justiça e Liberalismo Político*, ambas escritas pelo mesmo Autor. Feita a análise crítica sob esses parâmetros, será plenamente possível identificar, e esta é a segunda proposta, se a ideia de razão pública é viável para a formação de um fundamento válido para o Direito ou para o atual Discurso jurídico no quadrante ocidental, considerando a experiência que a história normativa oferece e os inescapáveis enquadramentos morais e comunitários inerentes ao *ser*. Finalmente, a terceira e última proposta, se consubstancia na retomada do exercício de uma análise crítica *jusfilosófica*, no intuito de justificar o empreendimento das duas propostas anteriores.

ABSTRACT

The present study consists essentially of three methodological proposals directly related among them. In the first proposal we develop a critical analysis about the limits intrinsic to one of the most prominent ideas of the liberal doctrine of the late twentieth century, namely, the John Rawls's public reason thesis. In order to successfully achieve our goal, we need to systematically review the main concepts underlying the following works of the aforementioned author: *A Theory of Justice* and *Political Liberalism*. By its turn, in the second proposal, we firstly take into account the foundations of legal reason namely the normative experience and the moral framework. Then, we rely on the outcome of our critical analysis to discuss the viability of the public reason idea as a valid foundation for the whole Right in the western hemisphere. Finally, considering both the first and the second methodological proposals, we conclude for an inevitable need to retake the activity of an axiologic critical discourse.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. Do discurso crítico <i>jusfilosófico</i>	9
1.1. Do Jusnaturalismo medieval ao discurso secular contemporâneo.....	12
1.2 A crise de um discurso <i>jusfilosófico</i> moral e os seus reflexos.	23
2. Revisitando as principais ideias de John Rawls.....	29
2.1 Uma Teoria da Justiça	29
2.1.1. O contrato hipotético (“posição original” e “véu de ignorância”) e a racionalidade das partes.	30
2.1.2. Os dois princípios e a justiça como equidade.....	37
2.1.3. Aplicação dos princípios de justiça (a um passo da Razão Pública).	41
2.2. O liberalismo político e as duas questões fundamentais.	43
2.2.1. A ideia de verdade, razoável e racional.	47
2.2.2. Doutrinas abrangentes e razoáveis.	49
2.2.3. A ideia de uma concepção política de justiça.....	50
2.2.4. A razão prática do construtivismo político e a neutralidade em relação a uma autoridade moral.....	54
2.2.5. O Consenso de sobreposição (“Overlapping Consensus”).....	58
3. A ideia de razão pública no liberalismo político.	63
3.1. Em Kant (breves linhas).....	64
3.2 Em Rawls.....	67
3.2.1. O conteúdo e o ideal da razão pública.	68
3.2.2 O paradigma da razão pública	71
4. Da análise crítica da ideia de razão pública em Rawls	73
4.1. Uma breve crítica comunitarista.....	73
4.2. Problemas da completude e da aplicação da razão pública secular de Rawls.....	77

4.2.1. O “contrabando de doutrinas abrangentes e razoáveis”	81
4.2.2. Um grave problema nas mãos do paradigma da Razão Pública.....	84
5. Do fundamento de validade do Direito.....	90
5.1. Dos parâmetros que validam o Direito.	91
5.2. A ideia de Razão Pública e o Fundamento do Direito.....	97
6. O exercício da análise crítica na retomada de um discurso jurídico válido.....	107
CONCLUSÃO.....	117
BIBLIOGRAFIA	120

INTRODUÇÃO

É de amplo conhecimento que uma das características que marcou as democracias contemporâneas do pós-guerra foi a afirmação absoluta, principalmente em sede de Direitos Fundamentais, de princípios de justiça que garantiriam, irrestritamente, a igualdade de direitos e deveres entre todos os homens, bem como a ampla possibilidade desses mesmos homens se manifestarem livremente, inclusive, no palco de deliberações políticas ou públicas.

A própria natureza de Estados Democráticos de Direitos contemporâneos ratificou a exigência dessas garantias, o que acabou contribuindo, indubitavelmente, para o fortalecimento de sociedades cada vez mais diversificadas e pluralistas, cabendo então, principalmente, em partes cruciais da Doutrina Liberal, o estudo e a compreensão desse novo modelo social, dentro do século XX.

Ora, e não merece espanto, o facto de saber que foram os liberais ou os neoliberais ou *neocontratualistas* que tentaram dominar os debates quanto a essa matéria, pois, desde os primórdios do liberalismo, especificamente na deflagração da Revolução Gloriosa de 1688, na Inglaterra, que os seus seguidores impuseram dois pilares básicos a sua doutrina, quais sejam: a luta pela tolerância religiosa e por um governo constitucional, sendo que esses dois princípios foram se adaptando em conformidade com o que o contexto histórico oferecia.

Por isso, podemos dizer sem receios que a luta formativa do liberalismo deu-se por intermédio da reivindicação de direitos religiosos, políticos e depois econômicos – sempre na tentativa de controlar o poder e o debate político – sendo que a luta por esses direitos alimentou a ideia de direitos individuais gerais, o que não deixa de ser também uma fonte própria do liberalismo moderno e contemporâneo.

Já no debate político atual, exatamente a partir de 1971, a discussão em torno do liberalismo ganha uma nova dimensão quando da publicação de uma grande e influente obra denominada de “*Uma Teoria da Justiça*”, de John Rawls.

Ali o objetivo era romper com uma ordem política e moral vigente (o utilitarismo) e apresentar propostas de um modelo que garantiria efetivamente a distribuição igualitária dos direitos fundamentais e sociais básicos entre os cidadãos e proporcionar instituições jurídicas e políticas recomendáveis e estáveis, sendo que a busca desse desiderato exigiria o cumprimento integral de uma fórmula denominada de “*Justiça como Equidade*” que utilizava métodos da filosofia analítica junto com outras disciplinas como a psicologia e a economia.

Todavia, incongruências sérias foram encontradas nesse primeiro pensamento rawlsiano, o que poderia levar a sua total invalidez prática, conforme veremos no decorrer do trabalho.

Então, em 1991, levando em consideração as críticas ao primeiro pensamento, surge agora um Rawls extremamente preocupado com uma possível instabilidade política e jurídica, por conta de um desenfreado pluralismo razoável, fruto de uma madura democracia constitucional, condicionando-o, então, a propor, desde já, um modelo de justificação pública que tivesse força o suficiente para alcançar um consenso universal, nas deliberações que envolvam direitos básicos e fundamentais em uma determinada sociedade democrática.

Este modelo ideal, Rawls chamou de Razão Pública, que somente é empreendida e compreendida quando da utilização de certos instrumentos conceituais e epistemológicos dispostos na sua Obra do “*Liberalismo Político*”.

Sem dúvidas, e desde já reconhecemos, que o pensamento desenvolvido de Razão Pública em Rawls é perfeitamente compreensível diante de um discurso de Direito Político, pois nos parece, preliminarmente, que há nele virtudes de tamanha grandeza, tais como a busca incessante pela estabilidade e segurança nas decisões políticas e jurídicas de caráter fundamental ou constitucional e a tutela da liberdade religiosa e da igualdade cívica, na medida em que pretende garantir a coexistência pacífica entre diferentes concepções do bem, seja ela moral, religiosa ou filosófica e, conseqüentemente, uma total erradicação da intolerância ideológica no cenário público.

Todavia, o que nos causa certa perplexidade e desconfiança é o modo como a ideia de Razão Pública procura se estabelecer ou conduzir o discurso e o próprio fundamento do Direito, para alcançar os seus objetivos.

Diante desses dois argumentos, ou seja, as virtudes e ao mesmo tempo a desconfiança da aplicabilidade *jusfilosófica* da ideia de Razão Pública, é que nos propomos, no trabalho que se segue, a empreender uma análise crítica do ideal de razão pública no liberalismo político rawlsiano.

Para tanto, dividimos a dissertação em seis grandes capítulos, que se concentram em três grandes áreas de conhecimento. Na primeira delas, nos depararemos com as necessidades que justificam o empreendimento da análise crítica proposta e a identificação do terreno filosófico, conceitual e histórico que estamos prestes a percorrer e que nos permitirá ao final fundamentar coerentemente o nosso discurso.

Na segunda grande área, que é composta pelos capítulos 2 e 3, apresentaremos uma explanação descritiva e pontual da ideia que se pretende analisar criticamente, ou seja, vislumbraremos, inicialmente, as bases teóricas fundamentais do trabalho de Rawls, partindo da ideia de justiça como equidade até os instrumentos conceituais que compõem o liberalismo político, isto é, da *posição original* ao *consenso sobreposto*, de forma que a ideia de Razão Pública se apresente plenamente acessível à um bom nível de compreensão.

Perfeitamente apreendida essas ideias, partiremos para o ponto nevrálgico do trabalho, ou seja, a análise crítica propriamente dita, que composta pelos 3 últimos capítulos, definirá o problema de nossa proposta principal, qual seja: - Se a Razão Pública é plenamente compreensível, então ela poderá servir como fundamento de validade do Direito? E, por intermédio de uma análise crítica *jusfilosófica*, poderemos aceder a essa validade?

Já nos adiantamos e afirmamos que o intuito não é empreender uma crítica positiva, mas uma crítica comprometida em tentar desvelar um atual discurso jurídico contaminado por ideias que se apresentam moralmente desparametrizadas.

As críticas, portanto, consistirão em uma possível fragilidade, em certos aspectos, nos argumentos defendidos pela razão pública para resolver problemas fundamentais e de carácter urgente, revelando, assim, uma certa desconfiança na sua aplicação e, por consequência, na afirmação da sua coerência.

Contudo, o que desde já ressaltamos é que não temos a pretensão de apresentar uma teoria alternativa ou concorrente às ideias de Rawls - *o que de maneira alguma invalida a nossa proposta, conforme veremos* - mas sim, e apenas, destacar, sob uma perspectiva da filosofia jurídica, da filosofia política e da teoria do Direito, pontos centrais de suas ideias que merecem, ao menos, uma reflexão crítica por conta da estrutura política e jurídica que hoje se estabelece.

A nosso ver, não se poderia sequer falar de Filosofia crítica do Direito se esta não se empenhasse na pesquisa dos valores que dão legitimidade ética ao sistema do Direito e aos institutos jurídicos particulares.

Miguel Reale

1. Do discurso crítico *jusfilosófico*

Iniciar uma dissertação acadêmica, com um tema tão abrangente que é o discurso crítico da filosofia do direito, parece um tanto quanto perigoso, contudo, jamais desestimulante ou desnecessário, principalmente quando o objetivo final é apontar um pensamento reflexivo sobre a atual estrutura do discurso jurídico dominante nas democracias do ocidente.

Perigoso e abrangente porque quando pensamos em discurso crítico ou pensamento crítico do direito, sempre nos vem ao intelecto as múltiplas formas de conhecimentos, tanto *jusfilosóficas* como sócio ou *politicofilosóficas*, todas emaranhadas em escolas ou doutrinas válidas, mas, por vezes, antagônicas, o que por fim pode trazer certa confusão conceitual.

No entanto, nosso dever é justamente tentar superar esses possíveis perigos pedagógicos e assim não nos determos nas riquezas das correntes que formam o pensamento crítico do direito, mas, e somente, abstrair os argumentos que consubstanciam a sua essência e que garantirão, ao final, uma sustentação coesa e idónea à nossa análise crítica.

A ser assim, uma questão ainda temos que responder, ou seja, por que admitir a importância do pensamento crítico do direito para compor uma análise crítica *jusfilosófica*?

Ora, os motivos são vários, mas nos contemos no que António Carlos Wolkmer asseverou quando destacou a importância da utilização, pelo jurista, de um pensamento crítico do direito, ou seja, o pensamento crítico nada mais é do que “a formulação “*teorética-prática*” que se revela sob a forma do exercício reflexivo capaz de questionar e de romper com o que está disciplinarmente ordenado e oficialmente consagrado (no conhecimento, no discurso e no comportamento) em dada formação social e a possibilidade de conceber e operacionalizar outras formas diferenciadas, não repressivas e esclarecedoras, de prática jurídica”.¹

¹ Ressaltamos que o autor em vez de utilizar o termo “esclarecedoras” prefere “emancipadoras”. Substituímos os termos porque a palavra emancipar terá um sentido diferente para nós no decorrer do trabalho, mas o que de maneira alguma, a nosso ver, prejudicará a essência do texto do autor citado. Cfr. WOLKMER, Antonio Carlos, *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. XIV.

Não é novidade, e logo apontaremos alguns dos motivos, que a estrutura que monta ou sustenta o atual discurso normativo do direito vive uma crise de identidade moral e, sumariamente, temos a impressão que grande parte dessa crise se deve, principalmente, ao papel subsidiário que foi concedido, ao longo da história jurídica, aos valores do discurso *jusfilosófico* e, conseqüentemente, ao pensamento crítico do jurista.

Como se sabe, exercer um pensamento jurídico crítico desprovido ou a menosprezar os valores *jusfilosóficos* é, no mínimo, uma missão ingrata e indiferente a *verdade* e ao *ser*. Por isso que quando fazemos o uso, em conjunto (se é que elas podem ser vistas separadas), dessas duas noções (pensamento crítico e *jusfilosofia*), a ideia é “repensar, dessacralizar e romper” com uma dogmática *lógica-racional-prática* aparentemente transformadora ou funcionalista (que parece ser o dogma dominante atualmente) - “imperante numa época ou num determinado momento da cultura jurídica de um país”² - e assim determinar objetivos comuns que se revelam obrigatórios “tanto para a formulação de uma crítica consistente das formas alienantes do fenômeno jurídico atual, quanto para a recriação pedagógica de um espaço diferenciado de mudanças”.³

Esse mesmo pensamento crítico deve, então, possuir um discurso que conteste o tipo de estrutura que estabelece uma ordem *jurídica-filosófica* contrária a essas verdades, mas desde que revele uma formulação discursiva aceitável e satisfatória para apontar o parametrizado sentido ideológico do direito.

Claro está que essas verdades compõem o núcleo central onde reside a essência dos valores filosóficos em geral e, por óbvio, a própria concepção de *jusfilosofia*. E esses valores se pautam na incessante busca do que é verdadeiro, ou seja, “a filosofia reflete no mais alto grau essa paixão da verdade, o amor pela verdade que se quer conhecida sempre com maior perfeição, tendo-se em mira os pressupostos últimos daquilo que se sabe”.⁴

O pensamento crítico *jusfilosófico* começa com uma análise em estado de inquietação e de perplexidade, para culminar numa atitude crítica diante do verdadeiro e do que é justo

² Cfr. WOLKMER, Antonio Carlos, ob. cit., p. XV.

³ Somente uma teoria crítica pode resultar na libertação do ser humano, pois não existe transformação da realidade sem a libertação do ser humano. Cfr. PELUSO, Alberto Luis, *O projeto da modernidade no Brasil*, Campinas: Papirus, 1994, p. 44.

⁴ “A filosofia deve ser vista como atividade perene do espírito, como paixão pela verdade essencial e, nesse sentido, realiza, em seu mais alto grau e consequência, a qualidade inerente a toda ciência: a insatisfação dos resultados e a procura cuidadosa de mais claros fundamentos”. Cfr. REALE, Miguel, *Filosofia do Direito*. 20ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 5 e 9.

para a vida. “Deve-se refletir, pois, na mesma necessidade de especulação do problema jurídico em suas raízes, independentemente de preocupações imediatas de ordem prática”.⁵

Um outro valor muito importante da *jusfilosofia* crítica, e que será de grande valia para o desenvolvimento do nosso trabalho, é a sua eterna característica de não se contentar com uma resposta, enquanto esta não atinja a essência, a razão última de um dado campo de problemas, pois a história da filosofia tem como êxito mostrar que esta não pode se reduzir a um sistema fechado, onde tudo já esteja pensado e muitas vezes antecipadamente resolvido. “Quando um filósofo chega ao ponto de não ter mais dúvidas, passa a ser a história acabada de suas ideias”.⁶

Portanto, é por conta desses valores que lhes são inerentes, que a *jusfilosofia* se compromete em resolver criticamente, além de outros, o problema do fundamento de validade das estruturas que formam as normas jurídicas.

E quanto a esse aspecto, limitamo-nos, por ora, a dizer que “a verdade nos parece estar com aqueles segundo os quais, na história da experiência axiológica, há bens ou formas de atualização de valores que, uma vez adquiridos, não sofrem mais a erosão comprometedora do tempo, podendo ser considerados invariantes axiológicos”.⁷

Além disso, apesar das incessantes mutações históricas operadas na vida do Direito, a essência deste pressupõe um núcleo resistente parametrizado, uma constante axiológica do direito, a salvo de transformações políticas, técnicas e científicas.

Assim como o homem se transforma quotidianamente sem perder sua essência, assim como hoje não somos mais o que éramos anos atrás, mas permanecemos sempre com uma constante psíquica e moral que nos individualiza, da mesma forma as normas jurídicas que podem sofrer alterações radicais em seu texto, mas persistem sempre em um “*eu jurídico*”, em virtude ou *sabedoria* do qual o fluxo dos acontecimentos não faz perder a nota axiológica que as distinguem e as legitimam moralmente.⁸

Sem dúvidas essa vai ser uma temática revista ao longo do trabalho, pois parece-nos que uma das propostas finais se firmará exatamente nela.

Finalmente, considerando as afirmações supracitadas, adotamos, metodologicamente, um modelo de análise crítica *jusfilosófica*, similar ao que ensina Luís Warat, isto é, o discurso crítico não deve ter, necessariamente, uma pretensão de completude já que está em processo

⁵ Cfr. REALE, Miguel, *Filosofia do Direito*. 20ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 10.

⁶ O que não quer dizer que a filosofia não gere no espírito do jurista uma serenidade fecunda, apesar da incessante pesquisa. Cfr. REALE, Miguel, ob. cit., p. 8.

⁷ Cfr. REALE, Miguel, ob. cit., p. 590.

⁸ Cfr. REALE, Miguel, ob. cit., p. 509.

de permanente elaboração⁹. É possível, inclusive, ficarmos detidos em um campo meramente especulativo, o que não significa, em absoluto, que nossos argumentos possam ser descartados, pois como bem afirmou Miguel Reale “toda especulação filosófica é necessariamente *crítica*, e que criticar implica *valorar*, apreciar algo sob prisma de valor”,¹⁰ nos termos de uma filosofia axiológica.¹¹

No entanto, em momentos importantes ao longo do trabalho, não poderemos ficar somente no campo especulativo e por isso, conforme ensinou Kaufmann, teremos de nos ater a *experiência*, que nos requererá, logo no próximo item, a explanação do discurso *jusfilosófico* ao longo da história, “não por mero interesse histórico, mas para reunir experiências no domínio da filosofia do direito”¹² e encontrar um parâmetro normativo que valide o próprio Direito.

Uma segunda e última ideia ainda nos vêm a mente quando observamos a evolução histórica do discurso *jusfilosófico*, que é a possibilidade de clarificar uma real crise na atual consciência do discurso jurídico, principalmente quando *ele (o atual discurso)* suscita questões relativas às estruturas dos juízos morais *jurídicos-normativos* e quando *ele* parece encontrar dificuldades em conciliar as exigências axiológicas no plano da experiência humana.

Em consideração a essas duas razões, verifiquemos, então, um breve processo histórico do discurso *jusfilosófico*.

1.1. Do Jusnaturalismo medieval ao discurso secular contemporâneo.

Todo discurso jurídico traz em si, necessariamente, as características do clima histórico em que nasceu e, portanto, seria impossível dissociá-lo de qualquer debate que envolva a formação de uma estrutura jurídica a ser inserida como “válida” na ciência do direito. A ser assim, precisamos, antes de fazer uma análise crítica, identificar qual o terreno que estamos a pisar, mesmo que venhamos fazê-lo de forma sumária, pois a pretensão é,

⁹ Cfr. WARAT, Luis Alberto, *O sentido comum teórico dos juristas*. In: FARIA, José Eduardo (org), *A crise do direito numa sociedade em mudança*. Brasília: Unb, 1988, p. 36.

¹⁰ Um pensamento filosófico meramente especulativo não significa que o filósofo do direito não possa ou não deva empenhar-se por suas ideias: “o que é incompatível com a pesquisa filosófica é a conversão da ação prática e, sobretudo, do empenho político-social, em razão e meta do filosofar.” Cfr. REALE, Miguel, *Filosofia do Direito*. 20ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 9 e 37.

¹¹ “A axiologia pressupõe, porém, problemas concernentes à essência de “algo”, assim como põe problemas relativos à projeção histórica do que é valorado”. Cfr. REALE, Miguel, ob. cit., p. 37.

¹² Cfr. KAUFMANN, Arthur, *Filosofia do Direito*. Trad.: Antônio Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 15.

conforme afirmamos, descobrir a experiência jurídica que a história nos proporciona e extrair dela o princípio parametrizador na norma jurídica, bem como localizar em que momento e porque surgiu a crise da consciência crítica do Direito à que nos instigará a apresentar uma proposta de retorno a um pensamento normativo parametrizado.

Começemos, então, pelo que se compreende de discurso jurídico natural ou Direito Natural, contudo não iniciaremos, necessariamente, pela sua origem helenística ou romana, mas pelo discurso teológico do Medieval, pois parece que ainda hoje, conforme veremos, o discurso jurídico vem parametrizado por uma espécie de ascensão tomista.

A ser assim, o Direito Natural em Aquino, se caracteriza quando da tentativa de conciliar o pensamento aristotélico aos textos das Sagradas Escrituras, em visível crítica a ideia *platônica-agostiniana*, justamente em nome do racionalismo aristotélico.¹³

Em Aristóteles, “o bem já não se aparta do homem. Antes está “ao alcance do homem” e consuma-se como *eudaimonia*, lugar em que os homens se encontram em paz “consigo mesmos e com o divino”, elevando-se plenamente à sua “natureza”. Tanto o bem não se divorcia do “homem por natureza”, quanto o critério moral por excelência seja o “homem bom” ele mesmo, revelando o verdadeiro “conhecimento do bem” da “ciência das naturezas”, do “conhecimento” do princípio animador em que o “homem por natureza” é”.¹⁴

Deste modo, “o reenquadramento da concepção aristotélica em universo cristão por Tomás de Aquino significa uma fundamental reorientação ou, pelo menos, uma essencial clarificação.”¹⁵ A partir daqui o homem por natureza passa a ser compreendido como “ente que é previamente a qualquer universo social que integre ou a quaisquer “papéis sociais” que preencha: “ente com a natureza de convir a todos os entes, o qual, não se confundindo com qualquer “modo especial de ente”, revela do homem alcançado “à imagem de Deus””.¹⁶

Diferentemente de uma visão estoica, Aquino já não aponta uma “cisão entre o *Eu cósmico* e o *eu terreno* ou entre o Ser e os seres. Com efeito, Cristo, *um agora humanizado Cristo*, precisamente enquanto “princípio da perfeição na natureza humana”, não surge antitetizado ao que o homem *autenticamente* é. Antes constitui, muito pelo contrário, o

¹³ Contudo, parece que ambos acabam concordando na questão em que em uma norma humana, que esteja em contradição com o direito natural, ou até com o direito divino, não possui por princípio, como “Lex corrupta” que é, qualquer validade. Cfr. KAUFMANN, Arthur, *Filosofia do Direito*. Trad.: António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 36.

¹⁴ Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, *A autoridade Moral da Constituição: Da fundamentação da validade do Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 182-183.

¹⁵ Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, ob. cit., p. 183.

¹⁶ Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, ob. cit., p. 184.

princípio animador do homem elevado à plenitude de si mesmo, a *parametrização normativa* ou *parametrizadora humanidade* em que participa o “homem por natureza””.¹⁷

Essa mesma parametrização normativa é qualificada como lei divina na qual participamos, sendo a lei natural, precisamente, participação em nós da lei divina. “Desse modo, o conhecimento do divino (a “verdade sobre Deus” como Verbo encarnado) não se divorcia do conhecimento humano (da verdade sobre o homem autenticamente humano). Não se diz que o homem se encontra “estaticamente *fora de si* quando em Cristo”, mas antes que o homem se encontra na *plenitude de si* quando em Cristo”.¹⁸

Nos termos assim apresentados, o Direito Natural ou a *jusfilosofia* medieval a partir de Aquino é pensada como uma “ética originária que é simultaneamente Ontologia, nos termos que vieram a ser formulados, já no século passado, por Heidegger”.¹⁹

Assim, para o *ser* que se haja “elevado à plenitude de si mesmo nesse “princípio” (que haja alcançado, *no seu ser*, a participante desse “princípio” e, do mesmo modo, à “imagem de Deus”), agir bem ou agir com justiça é agir *naturalmente*, a partir do que *é* como “Eu primordialmente próprio do Ser”, fazê-lo a partir de si mesmo e não contra si mesmo, como Kant mais tarde pensaria”.²⁰

O direito assim apreendido parece ratificar também, e não poderíamos deixar de apontar isso, a igualdade que existe entre os *seres* como cerne da justiça de Aristóteles, conforme defendido no Livro V da *Ética a Nicómaco*²¹. Um sentido de igualdade em que “a todos deve ser dado o que é seu, tem de ser atribuído o seu direito”.²²

O fim dessa corrente de pensamento, conforme Kaufmman, inicia com Guilherme de Occam que, já no século XIV, seguindo o nominalismo, defendia a impossibilidade de um direito natural universal na realidade, a ter no direito positivo apenas um cumpridor de uma lei natural essencialmente comprometida com o divino.

Essa doutrina acaba influenciando, mais tarde, os reformadores, em especial Lutero, que compreendia não existir uma ligação direta entre a Lei Divina e a Lei Humana, mas

¹⁷ Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, *A autoridade Moral da Constituição: Da fundamentação da validade do Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 185 e 186.

¹⁸ “O ente descrito no *Tratado da lei* como “razão natural” (razão que pensa *na lei natural*) é um ente que alcança simultaneamente a sua perfeição moral e a interiorizada participação no “princípio da perfeição” correspondente ao Verbo Encarnado”. Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, ob. cit., p. 186 e 187.

¹⁹ Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, ob. cit., p. 188.

²⁰ “Aquino aceita a crítica de Aristóteles e conclui que Platão encontrava-se em erro ao supor que a justiça nomeava uma forma existente independentemente e auto-suficientemente”. Cfr. MACINTYRE, Alasdair, *Whose Justice? Which Rationality?*. Indiana: University of Notre Dame Press, 1988, p. 198 e Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, ob. cit., p. 188

²¹ Cfr. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*. Trad.: Edson Binni. 2ª Ed., Bauro: Edipro, 2007, p. 151-152.

²² Cfr. KAUFMANN, Arthur, *Filosofia do Direito*, ob. cit., p. 35.

apenas a dádiva de Deus por intermédio de sua misericordiosa graça. “Desvanecera-se, então, o *lumen naturale*”.²³

Já na renascença ou período moderno, especificamente a partir do século XVII, o discurso *jusnaturalista*, por conta de profundas transformações sociais, políticas, científicas e económicas, passa a ter uma concepção inovadora, que ficou conhecida como Doutrina do Direito Natural Racionalista ou do *jusracionalismo*, que afastou aos poucos o vínculo teológico, procurou o fundamento de validade do direito natural na própria razão humana e começou, paulatinamente, a priorizar o direito positivo em face ao direito natural.

As palavras de Fernández-Galiano expressa muito bem esse novo discurso: “Deus não é mais a fonte de toda a moralidade e nem de todo o direito, mas ambos se encontram na natureza primária da racionalidade do homem e é nessa razão humana que devemos buscar o fundamento da norma, pois a razão natural é autónoma em relação a todos, até mesmo a Deus”.²⁴

De uma antologia metafísica dos gregos ao sentido teológico-metafísico do medieval, o discurso *jusnaturalista* da idade moderna converte-se em um antropocentrismo que logo se projetou numa intenção normativa. Intenção esta que “se traduzia na determinação de uma normatividade válida por si mesma. [...] Normatividade que procurava objetivar-se, já em últimos e gerais princípios normativos, já mesmo num acabado sistema de normas e que constituiria tanto o cânone regulativo como o critério da validade de qualquer ordem histórica de convivência prática”.²⁵

Esse direito natural moderno ou os seus sistemas normativos *jusracionalistas* haviam perdido, portanto, a vinculação com o *ser* enquanto tal, pois o direito *natural-positivo* por ele posto não era mais do que um sistema racionalmente construído, embora invocasse como base axiomática postulados que se pretendiam naturais na sua evidência ética. “E daí, paradoxalmente, que esse direito natural, ou particularmente para o direito como entidade

²³ Cfr. KAUFMANN, Arthur, *Filosofia do Direito*. Trad.: António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 36.

²⁴ Cfr. FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio, *El iusnaturalismo*. In: CASTRO CID, B, *Lecciones de teoría Del derecho y derecho natural*. 3ª ed. Madrid: Universitas, 1999, p. 419 e 472. O papel divino nessa nova etapa é meramente secundário, sendo representado apenas como “O Grande Arquitecto”, actuando exclusivamente nas leis imutáveis da natureza e merecendo, por isso, todo agradecimento, contudo, a vida quotidiana agora é marcada pelo papel crescente da economia e da racionalidade instrumental, onde a ordem social é fruto do trabalho humano e não de Deus.

²⁵ Cfr. NEVES, António Castanheira, *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 24.

prática, a “essência” não comprova nem garante a “existência”: o direito não o *é* (não é direito) sem um particular modo de “existência”, sem um específico modo-de-ser.”²⁶

Todavia, haveria um facto ainda mais marcante que definitivamente consolidaria o *Jusracionalismo moderno*, ou seja, o *contratualismo*, também *moderno-iluminista*. Um contratualismo fictício, isto é, um critério regulativo e não um contrato realmente celebrado. Era uma construção conceitual, para que por ele, na sua retidão, as ordens jurídicas e políticas dos povos fossem plenamente justificadas.²⁷

Foi assim, principalmente, em Hobbes, Locke, Rousseau e Kant, embora com posições antagónicas quanto ao sentido e função última do *direito-lei*. Em Hobbes pensou num estado absoluto (e mesmo totalitário) em que se confundia a liberdade com segurança, pois o que move o homem hobbesiano é a sua auto-preservação no sentido mais estrito.²⁸ Rousseau reconduziu o Estado à formação de uma “*volonté générale*” em que a liberdade era igualdade. Já em Locke e Kant há outras complexidades.

Locke e Montesquieu ofereceram o modelo do Estado Liberal organizado segundo o princípio da separação dos poderes, em que a liberdade era a garantia de uma esfera de autónoma realização pessoal. Mas ainda, especialmente em Locke, é possível verificar a tutela dos “direitos de propriedade” e dos “direitos naturais.”

Diametralmente oposto à concepção de estado de natureza em Hobbes, Locke apresenta o homem num estado de natureza pensado como um *estado de igualdade*, “como um estado de perfeita liberdade e como um estado regido por uma correspondente lei da natureza, em cujo âmbito ninguém deve prejudicar outrem, a sua vida, saúde, liberdade ou haveres, todos se empenhando – enquanto seres que constituem “*obra do Criador*”.”²⁹

²⁶ Cfr. NEVES, António Castanheira, *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 25.

²⁷ Era o mesmo que dizer que estas ordens jurídicas só são boas e justas quando puderem pensar-se como livremente queridas por todos os cidadãos. O contrato social era uma manifestação ideológica do pensar jurídico individualista. O Estado e o direito só podem ser julgados livremente queridos pelos cidadãos quando corresponderem aos interesses individuais destes últimos. Cfr. RADBRUCH, Gustav, *Filosofia do Direito*. Trad.: Cabral de Moncada, 4ª Ed., Vol. II. Coimbra: Arménio Amado, 1961, p. 202.

²⁸ “É precisamente este facto que, segundo Hobbes, torna a existência humana impossível em estado de natureza, já que aquela auto-preservação se revela mutuamente destrutiva na ausência do poder político, na ausência de uma *força* que contenha os seus imperativos. Em estado de natureza – um estado “*deduzido das paixões humanas*” –, cada um só descansará perante a subjugação dos outros, perante a “eliminação de qualquer poder capaz de ameaçar a sua segurança”. Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, *A autoridade Moral da Constituição: Da fundamentação da validade do Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 23 e Cfr. BERNES, Laurence, *Thomas Hobbes*. In: *History of political Philosophy*, org. Leo Strauss and Joseph Cropsey. 3ª Ed., Chicago: University of Chicago Press, 1987, p. 399.

²⁹ Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, ob. cit., p. 29 e Cfr. LOCKE, John, *The Second Treatise of Government – An Essay Concerning the True Original, Extent and End of Civil Government*. In: *Two Treatises of Government*. Org.: Peter Laslett. Cambridge: Cambridge University Press, 1960, p. 269.

O poder político em Locke “se encontra vinculado a uma justiça que não se confunde com a sua *mera existência*. Com efeito, em lugar de se confundir *nuamente* com a justiça, o poder político encontra o seu *fundamento, critério e limite* numa *substantiva justiça* identificada com a “lei da natureza” – “lei” em cujo âmbito os homens se reconhecem *fundamentalmente iguais* e não licenciosamente livres – e é ilegítimo, negando a sua própria razão de ser, quando se afaste da mesma finalidade”.³⁰

É bem verdade que muito se tem interpretado um Locke secular, emancipador ou evolucionista, principalmente quando da explicação da “sua” lei natural, onde se pode extrair um viés de desejo de auto-preservação não em nome de um *Ser Cósmico* (Deus criador), mas da própria vinculação biológico-instintiva.³¹

No entanto, acompanhamos Pereira Coutinho e Jeremy Waldron, quando enxergam o “homem natural” de Locke apreendido em uma parametrização moral cristã, centrada na essência da igualdade fundamental dos homens perante Deus, a moldar dali a sua razão”.³²

Portanto, pelo que nos parece, há em Locke certa herança de razão tomista, onde se compreende que o seu contratualismo “já não constitui ideia relevante de um estrito mecanicismo naturalista – o que sucedia em Hobbes -, antes surgindo a mesma ideia transformada num princípio regulativo, normativo, todo repassado de momentos de uma ética religiosa.”³³

O que finalmente confirma essa tese é a correta interpretação e apreensão da concepção da Declaração da Independência dos Estados Unidos, que, sem dúvidas, é muito mais paradigmático ao pensamento parametrizado de Locke do que ao ideal iluminista.

Uma Declaração que merece todo o crédito, por ter sido concebida por uma das mais exitosas revoluções de independência (*a americana*) e por ter gerado uma Constituição em que o povo, que interiorizou uma fundamental igualdade moral cristã, se sujeitou “com base na sua crença nas verdades de *per si* evidentes da Declaração. Assim em obediência à autoridade que o ato da fundação implicava em si, reconhecendo-a projetada na sua

³⁰Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, *A autoridade Moral da Constituição: Da fundamentação da validade do Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 29.

³¹ Interessante notar as citações de Pereira Coutinho, quando apontou a defesa secular de Locke em Goldwin e Strauss. Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, ob. Cit., p. 31

³²Cfr. WALDRON, Jeremy, *God, Locke and Equality – Christian Foundations in Locke’s Political Thought*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 243.

³³ Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, ob. cit., p. 34.

Constituição”.³⁴ Trataremos com mais detalhes esse pensamento no final do trabalho. Retomemos, portanto, as experiências históricas.

No que se refere a Kant, e talvez seja o pensamento mais expressivo, junto com Kelsen, na formação de um agora autónomo direito positivo, já não mais dualista (natural e positivo), mas unicamente e exclusivamente positivo, a ganhar o *status* de discurso *juspositivista*, tem-se uma coerente de viva exposição iluminista.

O que se pretende agora é uma total emancipação e não apenas a libertação do homem de uma menoridade culpada em relação a Deus. Uma libertação que provém de uma suposta titularidade de razão auto-suficiente.³⁵

Como bem salienta O filósofo Prussiano, em *Resposta à pergunta: O que é esclarecimento*, a máxima do iluminismo é “*sapere aude!*”, ou seja, “ter a coragem de usar sua própria razão!”. O aspecto importante para Kant não é uma falta de razão – todos possuem capacidade para a razão –, e sim a *preguiça e covardia* de muitos em dispor da *tutela vitalícia*.³⁶

É mais fácil seguir os outros, em vez de usar a própria capacidade de raciocinar. Parecidos com o *gado doméstico* que não sabe viver à solta, os homens também têm medo *de dar um único passo* em direção à liberdade.³⁷

Somente esta razão, uma razão em que o agente se sobrepõe ao resto da criação e, assim, se contrapõe à ordem da natureza.³⁸ “Somente aí o homem poderá encontrar uma autonomia perfeita, uma liberdade para obedecer a uma lei auto-prescrita, uma lei que não é ditada pela natureza, antes sendo ditada por puro respeito pela universalidade da lei ela mesma”.³⁹

Diferentemente de Locke e até mesmo de Rousseau que apela à voz da natureza para buscar uma fonte moral, Kant inaugura um novo discurso aos parâmetros *jusfilosófico* sem que se afirma a soberania e independência moral do homem, pois “a lei moral vem do interior

³⁴ Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, *A autoridade Moral da Constituição: Da fundamentação da validade do Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009 p. 316 e Cfr. ARENDT, Hannah, *Sobre a Revolução*. Trad.: Denise Bottmann. São Paulo: Companhia da Letras, 2011, p. 246.

³⁵ Cfr. KANT, Immanuel, *Textos Seletos: Reposta à pergunta: Que é “Esclarecimento” (Aufklärung)*. Trad.: Floriano de Sousa Fernandes. 3ª Ed., Petrópolis: Editora Vozes, 2005, p. 62.

³⁶ Cfr. KANT, Immanuel, ob. cit., p. 63.

³⁷ Cfr. KANT, Immanuel, ob. cit., p. 64.

³⁸ Cfr. TAYLOR, Charles, *Souces of the Self: The making of Modern Identity*. Massachusetts: Harvard University Press, 1989, p. 355-357.

³⁹ Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, ob. cit., p. 42.

e não pode ser definida por recurso a uma ordem externa que aprisione ou menorize o homem”.⁴⁰

A respeito de Kant, e ainda dentro do seu contexto puramente iluminista, não poderíamos encerrar o seu pensamento antes de descrever o que, sem dúvida, foi o pensamento propulsor para a formação da ideia de razão pública em Rawls, ou seja, “não podemos de forma alguma pensar uma razão que, com a sua própria consciência, receba de outra origem qualquer orientação pelo que toca aos seus juízos, pois de outro modo o sujeito não atribuiria à sua razão, mas um impulso, a determinação da Faculdade de julgar. A razão tem de ver-se a si própria como autora dos seus princípios, independentemente de influências estranhas; e, conseqüentemente, como razão prática, ou como vontade de um ser racional, deve ser vista por este mesmo como livre”.⁴¹

Sem dúvidas, o pensamento kantiano não só consolidou o discurso *jusracionalista* como lhe proporcionou um novo modelo de pensar o Direito. Rejeita-se agora a possibilidade dum direito natural subjetivo e garante ao positivismo uma característica irrenunciável de todo direito objetivo.

Por outro lado em Kant se reconhece ainda direitos subjetivos do homem, que são indisponíveis, por decorrem da sua autonomia ética. Portanto, é possível encontrar contradição no modelo kantiano entre os termos do seu imperativo categórico – “*age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal*”⁴² - e uma lei moral pressuposta por ele mesmo, que com base nesta pressuposição, segundo Kelsen, citado por Pereira Coutinho, Kant poderá ser “conduzido à ideia de que não podemos querer a máxima em questão ou seja, afinal, de que não devemos querer”.⁴³ Por isso, a ser assim, é possível interpretar que a sua razão não é inteiramente emancipada.

No entanto, é facto, que toda essa forma racional de conceber o “ser” no século XVIII e início do XIX, foi demasiadamente longe e refletiu diretamente na codificação das normas vigentes, principalmente no campo do Direito Civil.

⁴⁰ Cfr. TAYLOR, Charles, *Sources of the Self: The making of Modern Identity*. Massachusetts: Harvard University Press, 1989, p. 364.

⁴¹ Cfr. KANT, Immanuel, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad.: Artur Morão. Lisboa: Edição 70, 1995, p. 96.

⁴² Cfr. KANT, Immanuel, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, ob. cit., p. 59.

⁴³ Cfr. Kelsen, Hans, *A justiça e o direito natural*. Trad.: João Baptista Machado. Coimbra: Almedina, 2001, p. 57-62 e Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, *A autoridade Moral da Constituição: Da fundamentação da validade do Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 44-45.

A ser assim, o século XIX suplanta a ideia de direito natural e passa a se situar em um positivismo jurídico científico de total autonomia em relação a uma qualquer parametrização metafísica ou sensitiva, sacralizando o direito positivo.

Dentre tantas correntes positivistas⁴⁴, Kelsen talvez tenha sido quem melhor representou o novo formato *juspositivista* já no início do século XX. Nos termos gerais dessa corrente *jusfilosófica*, apenas teria sentido e seria compreensível o que pode ser verificado logicamente. “As proposições metafísicas, especialmente aquelas sobre o conteúdo dos valores e normas, não têm, por isso, sentido. As valorações são vistas como mera expressão de sentimentos”⁴⁵.

Esse pensamento jurídico dominante não tinha razões para abandonar a essência da perspectiva autônoma do positivismo na sua compreensão geral do direito, principalmente após o impacto que causou as lições de Savigny no discurso jurídico com a sua metodologia historicista. Contudo teve que fazê-lo após a segunda guerra mundial.⁴⁶

Ora, esse persistente positivismo, onde, segundo Radbruch, a lei vale por ser lei, e é lei sempre que, como na generalidade dos casos, tiver do seu lado a força para se fazer impor, equivalente, em última análise, “o direito e a força, levando a crer que só onde estiver a segunda estará também o primeiro”⁴⁷, que deixou sem defesa o povo e os juristas e que, portanto, se revelaria impotente contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas impostas pelos Estados totalitários. “Um direito perverso, radicalmente injusto. Um verdadeiramente não direito.”⁴⁸

Se a culpa para o imaginável foi o positivismo do século passado, então, logo após a hora zero da Segunda Guerra Mundial, não haviam dúvidas de que o certo seria retomar o discurso *jusnaturalistas*, “ainda que agora menos com fundamento ontológico ou ontológico-

⁴⁴ Kaufmann aponta o positivismo lógico de Rudolf Stammler; A teoria Geral do Direito de Adolf Merkel; A jurisprudência dos conceitos; positivismo empirista, entre outras. Cfr. KAUFMANN, Arthur, *Filosofia do Direito*. Trad.: António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 43-44.

⁴⁵ Cfr. KAUFMANN, Arthur, *Filosofia do Direito*, ob. cit., p. 21.

⁴⁶ A experiência histórica mostra que tanto as doutrinas clássicas do direito natural como o positivismo jurídico clássico falharam. “O direito natural, com o seu sistema rígido de normas, pôde funcionar em sociedades com estruturas muito simples, mas não é suficiente nas hipercomplexas sociedades modernas com um sistema económico altamente sensível. O positivismo jurídico, por seu lado, produziu com efeito as grandes obras legislativas do início do século XIX, porque o legislador de então ainda se conduzia por uma forte consciência moral, pressuposto este que porém já não se verificou nas ditaduras do nosso tempo; as “leis ignominiosas” deixaram de ser meros exemplos académicos e tornaram-se realidade. O conceito de lei puramente formal fracassara”. Cfr. KAUFMANN, Arthur, ob. cit., p. 46.

⁴⁷ Cfr. RADBRUCH, Gustav, *Filosofia do Direito*. Trad.: Cabral de Moncada, 4ª Ed., Vol. II. Coimbra: Arménio Amado, 1961, p. 211.

⁴⁸ Cfr. NEVES, António Castanheira, *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003., p. 37.

antropológico do que axiológico, com apoio antes de mais na filosofia da axiologia material”.⁴⁹

Um *jusnaturalismo* de que se pretendia repudiar o positivismo no problema da validade do direito e convoca, conforme Cabral de Moncada, um novo direito natural, “um direito natural não já *cosmológico*, nem *antropológico*, nem *teológico*, nem *racionalista*, mas simplesmente [...] um *direito natural axiológico*, fundado nem nos Cosmos, nem na universalidade da razão, nem na vontade de Deus, mas, pura e simplesmente, na *própria essência objetiva dos valores*. Um direito natural dos valores ou axiológico”.⁵⁰

Uma espécie de *jusnaturalismo suprapositivo*, segundo Kaufmann, pois a meta agora era reagir contra o Estado Totalitário, recusando, por óbvio, a aplicação de normas legais injustas e assim recorrer ao *jusnaturalismo*, mas não qualquer *jusnaturalismo*, para o fundamento das decisões.⁵¹

No entanto, esse *neojusnaturalismo* logo feneceu, mesmo diante de uma forte reflexão filosófica do direito, a incluir o existencialismo e a fenomenologia, contudo, como bem afirmou Castanheira Neves, “sem uma orientação definida, e as mais das vezes dispersas e fragmentárias, eram elas incapazes de um protagonismo fundamental e regulativo”.⁵²

Assim, logo não demorou e o *juspositivismo* volta a dominar o discurso jurídico, agora não mais simplesmente como uma convicção, mas muito mais como uma resignação, pois somente o positivismo continuava susceptível de preencher o vazio que assim de novo se abria com a dispersão normativa da corrente sucumbente.⁵³

Esse novo positivismo ou *neopositivismo*, que procedeu, principalmente a partir da década de 60 e que, com poucas modificações na sua essência, atinge até hoje os nossos ordenamentos jurídicos, assume uma função, sobretudo, sociológica (económico-social), com plena afirmação político-social do “*Estado-providência*”, a volver-se em um viés “*sócio-empírico*” de “*engenharia social*” ou “*tecnologia social*”, a tornar o pensamento jurídico contemporâneo estritamente funcionalista.

⁴⁹ Cfr. NEVES, Castanheira, *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 38.

⁵⁰ Cfr. CABRAL DE MONCADA, Luis, *O problema do direito natural no pensamento contemporâneo: Oração de sapiência proferida na abertura solene da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, 1949, p. 269.

⁵¹ Cfr. KAUFMANN, Arthur, *Filosofia do Direito*. Trad.: António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 46-47.

⁵² Cfr. NEVES, António Castanheira, ob. cit., p. 40.

⁵³ Decerto não seria somente isso para explicar o fracasso desse *neojusnaturalismo*, mas, e principalmente, a sua falta de sincronia com uma nova corrente crítica do discurso jurídico (teoria crítica frankfurtiana) e assim “rapidamente se converter num céptico relativismo, que a seu modo empunhava o niilismo filosófico de oitocentos”. Cfr. NEVES, Castanheira, ob. cit., p. 41-43.

Pelo que nos parece, três factores essenciais contribuíram para esse novo e atual discurso, ou seja, a exigência de uma norma objetiva que cumpra as exigências de um Estado democrático; um avassalador pluralismo ideológico contudente de países livres e democráticos e a predominância do estudo da linguagem prática, em que muitas vezes concorreu a um radicalismo antimetafísico, a fim de legitimar esse mesmo pluralismo ideológico.

Todavia, o que mais nos chama atenção no atual discurso jurídico é a sua necessidade de buscar no contratualismo racional a fundamentação para o seu construtivismo normativo *liberal-individual* que lhe é peculiar.

Conforme destaca Castanheira Neves, “de novo se convocaria o *contracto social*, mas agora para que, através de um dos poderes separados, o legislativo, em que participassem representativamente os homens livres ou mediante *a volonté générale* em que todos fossem legisladores de si próprios, se criasse um direito (um social vínculo normativo) como lei. Direito-lei, mas não qualquer lei e sim unicamente aquela que o racional contratualismo individualista admitia”.⁵⁴ A separar, também, o judiciário como principal garantidor do cumprimento dessas normas, bem como o guardião da mais correta interpretação desse contemporâneo direito democrático secular.

Muito parecido, também, com o discurso kantiano, esse *neopositivismo* secular que nos atinge, segundo Fernando Catroga, tem como finalidade principal “salvar os fenómenos jurídicos do conhecimento vulgar, privilegiar o mundo da praxis e da esperança humana, declarar a impossibilidade do universo metafísico”⁵⁵ e garantir a maioria autónoma do homem, assumida como liberdade de pensamento e exercida no campo político por intermédio de uma razão pública.

Não há dúvida que esse discurso procura moldar as estruturas normativas contemporâneas nos países do ocidente. Um discurso de concepções seculares que não se contenta em apenas manifestar um imaginário normativo que já não tem o seu fundamento em Deus, em alguma tradição antiga ou em alguma concepção do bem, mas, a fim de exaltar a justiça da liberdade, a igualdade social e a estabilidade política, por conta de um novo contexto histórico social, económico e político, bem como pela ojeriza a experiência do *direito-não direito* dos Estados Totalitários do início do século XX.

⁵⁴ Cfr. NEVES, António Castanheira, *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 102.

⁵⁵ Cfr. CATROGA, Fernando, *Entre Deuses e Césares: Secularização, Laicidade e Religião Civil*, 2ª Ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 27.

Por fim, essa modalidade de discurso, pelo que nos parece, na tarefa de não gerar contradições com seus próprios princípios basilares de justiça e liberdade, procura conciliar as múltiplas formas de pensar no espaço ou deliberações públicas vinculantes, mas desde que esses pensamentos (os que não enquadram nas verdades desse discurso), se submetam a uma espécie de filtro secular e se apresentem de forma “*camuflada*”, ou seja, os esquemas e os modelos elaborados no campo metafísico, filosófico ou moral podem se transportar para o campo político-jurídico, desde que utilizem uma roupagem secular ou estejam escamoteados pelas verdades desse discurso contemporâneo. O que, a nosso ver, agrava o discurso crítico *jusfilosófico* e gera algumas incertezas ao fundamento de validade da norma jurídica.

No entanto, algumas experiências históricas apontadas aqui parecem responder, salutarmente, essas incertezas e aponta uma saída para a crise, conforme veremos no último capítulo.

Muitos são os idealizadores e propagadores desse discurso secular *neopositivista*, no entanto, pela similaridade com esses preceitos e pela certa complexidade e influência de seu pensamento, vemos em John Rawls, principalmente na sua ideia de razão pública, um representante exemplar dessa nova corrente secular do direito.

Isto ficará claro quando analisarmos os pormenores do seu pensamento, um pensamento que procura converter o direito em pura legalidade e legalidade chamada apenas a uma função de garantia. “Função de garantia já perante o poder [...], já perante o comportamento dos *socci* entre si e assim os vínculos normativos sociais se reduziriam fundamentalmente aos vínculos jurídicos, com minimização ou sacrifício dos vínculos religiosos e éticos comunitariamente culturais. Foi assim que o problema político obteve uma solução jurídica”⁵⁶, contudo, estabeleceu uma crise no atual discurso *jusfilosófico*.

1.2 A crise de um discurso *jusfilosófico* moral e os seus reflexos.

O que salta aos olhos é que a filosofia em geral, no seu exercício, na sua viabilidade e no seu sentido é hoje duvidosa como nunca na sua história.

Não menos enfático, Andres Ollero, numa reflexão crítica sobre o atual ensino do direito, chama a atenção para “o descrédito do saber filosófico na civilização tecnificada”⁵⁷, já

⁵⁶ Cfr. NEVES, Castanheira, *A imagem do homem no universo prático. In: Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. 1º Vol., Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 331.

⁵⁷ Cfr. TASSARA, Andres Ollero, *Interpretacion del derecho y positivismo legalista*, Madrid: Edersa, 1982, p. 196.

que “sem dúvida, a velha arte de perguntar, de não se contentar com a resposta obtida, parece defasada ante o predomínio do novo dogmatismo da técnica”⁵⁸. Parece que já não é a instigação para buscar a “*verdadeira verdade*”, mas o racionalismo prático, o discurso neutro e anti-axiológico os únicos capazes de dar sentido a convivência humana e por isso a filosofia perde crédito “porque dificilmente pode ser verdade algo que já não serve para nada”.⁵⁹

A quem diga, inclusive, que o discurso filosófico chegou ao fim, cumpriu a sua meta e já não é mais necessário. Sua consumação veio exatamente por conta daquilo que ele mesmo gerou, ou seja, a filosofia automatizou as ciências modernas que se converteram em ciências tecnicizadas e que acabaram forjando uma civilização científico-tecnológica, onde o “pensamento *dialéctico-especulativo*, em relação aos fundamentos constitutivos, encontrara o seu fim no pensar segundo *finalístico-técnicos* modelos operatórios”.⁶⁰

Ora, parece natural que as ciências assim concebidas, ou seja, autónomas e tecnicizadas, recusem a discussão da sua cientificidade ou validade num outro campo ou por remissão a uma outra instância para além de si mesma, pois, conforme salientou Castanheira Neves, “a ciência auto-reflete constitutivamente sobre si própria e, assumindo uma racionalidade que deixou de ser essencialista ou substancialista para ser tão-só procedimental, não reconhece outra validade ou outros critérios de validade distintos dos que ela mesma define pela sua operatória metodológica”.⁶¹

No entanto, um argumento forte surge a favor dessa corrente que esmaga o discurso filosófico original, ou seja, a questão do pluralismo radical que é exatamente o efeito de um Estado democrático de direito.

Esse pluralismo não deixa de ser salutar, mas, se não moldado por um construtivismo *racional-prático*, objetivo e desparametrizado de virtudes morais, não será possível conjugá-lo com uma sociedade política e jurídica coesa e estável, pois se deixá-lo operar sem uma regulação ou uma estrutura pré-definida, dificilmente se encontrará uma base de justificação pública consentida pela maioria dos cidadãos ou se podá-lo ou eliminá-lo, o risco de um retorno ao mal do totalitarismo seria iminente.

Portanto, a única solução cabível é que esse discurso autónomo e tecnicista prospere e alcance aceitação, e que o discurso filosófico simplesmente se molde a essa nova realidade,

⁵⁸ Cfr. TASSARA, Andres Ollero, *Interpretacion del derecho y positivismo legalista*, Madrid: Edersa, 1982, p. 196-198.

⁵⁹ Cfr. TASSARA, Andres Ollero, ob. cit., p. 95.

⁶⁰ Cfr. NEVES, António Castanheira, *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 10.

⁶¹ Cfr. NEVES, Castanheira, ob. cit., p. 14.

sob pena de ser ele mesmo inválido, pois parece que aqui o homem encontrou a sua última verdade.

Sabe-se, todavia, que a crise da filosofia geral, não exclui, videntemente, a própria filosofia do direito ou o discurso *jusfilosófico*, pois este faz parte daquela, conforme já vimos. Não são disciplinas isoladas uma da outra. O único factor que as difere é que aquela é abrangente, engloba um todo, procura questionar a validade de um conjunto de ciências e este é específico, próprio para o discurso do direito, mas sua operacionalização é filosófica e, portanto, adota os preceitos filosóficos para realizá-lo.⁶²

A ser assim, claro está, que na expectativa de encontrarmos, filosoficamente, sintomas de um, também, atual problema no discurso *jusfilosófico*, nos depararemos, igualmente, com as mesmas circunstâncias de consumação, superação, substituição e invalidação que toma conta dos argumentos filosóficos contemporâneos.

Não poderia ser outra, na verdade, a perspectiva da filosofia do direito nos nossos dias, pois o discurso que o cerca, conforme observamos no contexto histórico, é similar ou procedeu daquele de oitocentos, onde a “razão” como a potência primeira, se não a única legítima para regular a conduta do homem, tratava-se de uma razão que abandonava ou, como bem salientou Castanheira Neves, ignorava o seu oposto, ou seja, o homem perante o *Ser*,⁶³ ou, em contradição, era uma razão que se dizia emancipada, mas para a sua plena realização era precedida por um enquadramento moral, conforme veremos no último capítulo.

Acontece que a crise da *jusfilosofia* atual parece muito mais grave que em oitocentos. Lá a meta era superar o direito natural e aplicá-lo subsidiariamente, hoje a ideia é substituí-lo por completo, caso este não se enquadre nos novos parâmetros políticos, sociais, económicos e científicos da contemporaneidade – e parece que não se enquadram.

Parâmetros que só alcançam estabilidade se pensados sob uma racionalidade científica prática, sem a necessidade, portanto, de uma discussão que envolva parâmetros morais, filosóficos ou religiosos. Daí excluindo sumariamente da filosofia do direito, problemas que

⁶²Neste posto, interessante notar as lições de Castanheira Neves: “É correto sustentar que a filosofia do direito é autenticamente filosofia e não mera filosofia dos juristas e assim com os mesmo problemas que atingem aquela”. Cfr. NEVES, Castanheira, *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 23.

⁶³“E foram esses opostos, desde a origem codeterminantes e a impor limites, se não um *aliud* insuperável, que o nosso tempo como que redescobriu na sua relevância e oculta verdade decisiva e a trazer-nos de novo, depois de uma utópica experiência desiludida, à profundidade, complexa e indomável, do real – e daí a “crise da razão”. Cfr. NEVES, Castanheira, ob. cit., p. 20.

lhe são inerentes, ficando tudo subordinado aos horizontes do conhecimento científico-positivo.⁶⁴

Portanto, o momento ético-axiológico com que o transcender jurídico poderia informar a organização da convivência social é substituída pelo “momento racional-funcional da planificação técnica”, e toda a referência à pessoa humana, de que se alimentam os conteúdos jurídicos da igualdade, por exemplo, “seriam dissolvidos pelos esquemas objectivo-formalizantes” do discurso neopositivista. Cabendo ao operador e ao filósofo do direito somente a função de mero técnico dos dispositivos cogentes, “verdadeiramente o burocrata da coacção.”⁶⁵

Nesse sentido, o direito não seria mais do que uma técnica de organização científica da vida social, com base em mecanismos puramente cientificados, em que desapareceriam os resíduos metafísicos das ideias de justiça, da igualdade e do bem, ou senão os colocariam em posição inferior a ideias de correto e liberal.

Contudo, outro facto grave ainda nos preocupa, qual seja: o próprio *homem do direito* ou o *pensador crítico do direito*, pois ele agora é “coagido”, sob pena de ter o seu discurso considerado como inválido, intolerante, antiquado ou inconcebível, a raciocinar com essa metodologia tecnicista-positivista e anti-axiológica.

O que lhe é proposto é um mundo jurídico virtualmente desprovido da vida contemplativa ou aquela *epistème*, que, segundo os gregos, “através dos *nus* atingia a *sofia* em que a meditação metafísico-ontológica vinculava o *logos* ao horizonte do *ser*. Desertam mesmo a *vitaethica* e a sua *práxis* [...] para cederem os seus lugares apenas à técnica-cientificista”, e assim o jurista contemporânea “converte-se a uma objetiva exterioridade que totalmente, na sua interna pessoalidade, o anula”.⁶⁶

⁶⁴ Vale anotar as afirmações de Castanheira Neves: “Trata-se de um pensamento que exclui do mundo da nossa existência social actual o apelo a quaisquer sentidos axiológicos, pois viveríamos hoje numa sociedade submetida irreversivelmente e sem remédio à funcional racionalidade do sócio-económico e onde, dada a definitiva quebra de uma ordem pressuposta perante a complexidade exponenciada por pluralismo de todos os tipos, apenas o horizonte formal (estrutura funcional) e acrítico de quaisquer possibilidades, que se renovassem e conexionssem numa consistência controlada, importaria”. Cfr. NEVES, Castanheira, *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 54.

⁶⁵ Cfr. NEVES, Castanheira, *O Papel do jurista no nosso tempo*. In: *Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. 1º Vol., Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 17.

⁶⁶ “E é nesse ponto que aquele homem do princípio verdadeiramente desapareceria, porque deixaria sequer de ser pensável – digamos em linguagem kantiana, porque lhe seria suprimida a sua própria condição de possibilidade. É que, depois das conhecidas e sempre invocadas humilhações cosmológicas (a tocar o lugar no mundo referido a Deus), histórica (a tocar a liberdade), biológica (a tocar a humana meta-animalidade) e psíquica (a tocar a própria consciência) que se têm de agradecer respectivamente a Copérnico, Marx, Darwin e Freud, podemos já falar em uma humilhação antropológica”. Cfr. NEVES, Castanheira, *O direito como alternativa humana*. In:

Pelo que nos parece, então, estamos diante de um jurista, não mais naquela figura de “homem contemplativo (o homem antigo que reflexivamente a si se assumia e se dirigia ao ser do mundo para habitá-lo na compreensão essencial que dele tentava), mas um homem agente (o homem moderno que constitutivamente se dinamiza na sua práxis e se dirige a um mundo visto não já como “ser” ou “essência”, para o compreender na sua verdade, mas como factualidade de mera contingência empírica, para o explorar e transformar).”⁶⁷

Conforme vimos, logo acima, o impacto da crise que atinge o *jusfilósofo*, alcança, evidentemente, o próprio discurso crítico do direito, pois, como muito bem afirmou Warat, essa estrutura que marca o discurso jurídico contemporâneo obriga o jurista a imaginar um cenário ilusório de total objetividade e neutralidade moral⁶⁸, o que nos permite afirmar que o discurso, assim elaborado, passa a ser fragmentário, nada pluralista, cheio de promessas inconcebíveis e composto por uma concepção normativa egoisticamente técnica e desumanizada.

Se o discurso crítico do direito é atingido, então a própria fundamentação de validade da norma também o é, pois, como encontrar a identidade que a caracteriza, se a ordem agora é contentar-se com a base de uma concepção de justiça inalterável, sendo que o que é passível de alteração, segundo Castanheira Neves, “é a base de toda a estabilidade e assim de toda a validade”.⁶⁹

Portanto, pensar o direito assim, refletirá em três graves problemas, quais sejam: a perda do próprio sentido do direito, a marginalização do discurso crítico da *jusfilosofia* e, automaticamente, o abandono da filosofia do fundamento de validade da norma jurídica.

Nossa proposta, diante deste quadro preocupante, é exatamente tentar desenvolver uma análise crítica que nos proporcione um sentimento, necessário, de recuperação dos valores perdidos de um discurso crítico da *jusfilosofia*, apresentando, para isto, uma fundamentação moral que valida o direito e consequentemente contradiz as “verdades” de uma teoria jurídico-política moralmente desparametrizada.

Teríamos um leque de opção de pensamentos paradigmáticos dessa ordem mecanizada do direito, contudo, como já justificado, optamos por avaliar o pensamento de Rawls quando se refere a razão pública e por isso o nosso próximo passo é descrever, responsavelmente, o

Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. 1º Vol., Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 292.

⁶⁷ Cfr. NEVES, Castanheira, ob. cit., p. 10-11.

⁶⁸ Cfr. WARAT, Luis Alberto, *A produção crítica do saber jurídico*. In: *Crítica do Direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Graal, 1984, 17-18.

⁶⁹ Cfr. NEVES, Castanheira, ob. cit., p. 54.

discurso jurídico liberal de John Rawls, desde os primórdios até a fase em que dispôs dessa ideia final.

Ora, sem dúvidas, conforme já ressaltamos, o pensamento de Rawls, com contradições e virtudes, é um dos pensamentos mais proeminentes e influenciadores para uma base de discussão do *direito-política* e por isso vale todo o nosso esforço em tentar decifrá-lo e mais tarde procurar, prudentemente, apontar críticas reflexivas ao seu ideário.

Por algo mais que justiça.

Otfried Höffe

2. Revisitando as principais ideias de John Rawls.

A ideia de razão pública em Rawls, apesar de ser o espírito central na sua teoria do liberalismo político, é um núcleo de sua obra que nasce com a construção de outras ideias preponderantes para a formação final do seu pensamento. Diante disto, lição ingrata seria apresentarmos diretamente os detalhes da razão pública rawlsiana, sem antes percorrer pelo esqueleto das ideias que a precederam.

A intenção, nesse ponto inicial, não é explanar de forma exaustiva questões como “posição original”, “véu de ignorância”, “justiça como equidade”, “concepção política de justiça”, “doutrinas abrangentes”, “construtivismo político” e “consenso sobreposto”, até porque não é esse o objeto do estudo, mas construir uma base de apreensões⁷⁰ desses e de outros pontos expostos por Rawls, até o momento em que melhor se compreenderá⁷¹ as estruturas e aplicações da sua ideia de razão pública.

Portanto, comecemos pelo início.

2.1 Uma Teoria da Justiça

As lições preliminares de Rawls, registradas em 1971, na obra “*A Theory of Justice*”⁷², consistiram, em regra, na tentativa de responder algumas questões sobre o problema da justiça social e apresentar, diante dessa perspectiva, um pensamento alternativo ao utilitarismo, até então corrente política-filosófica dominante na América.

⁷⁰ Aplicação do termo apreensão deve ser lida no sentido de conhecimento imediato de um objecto relativamente complexo, em oposição a processos mais elaborados.

⁷¹ Justamente o oposto, o termo compreensão deve ser entendido como um processo mais elaborado, tendo em vista que a ideia de razão pública em Rawls é o termo central desse estudo.

⁷² Cfr. RAWLS, John, *A theory of justice*. Massachusetts: Harvard University Press, 1971.

Em busca desse desiderato, Rawls resolveu recuperar a tradição contratualista⁷³, construindo um esquema que procura apresentar uma teoria da justiça que melhor destaca a prioridade da liberdade e os direitos básicos dos cidadãos, no intuito de construir uma sociedade bem-ordenada.⁷⁴

Essa teoria tem como base uma concepção de justiça, o que ele chamou de Justiça como equidade, que nada mais é que uma concepção filosófica inserida em uma democracia constitucional.

A fundamentação, portanto, dessa liberdade e desses direitos básicos, procede de uma concepção de justiça que fornece, por intermédio de um contrato social com características especiais, dois princípios de justiça, que garantem aos cidadãos, segundo Rawls, condições sociais adequadas para o exercício pleno e consciente de um senso de justiça e de uma concepção de bem.

Na busca para alcançar essa perspectiva⁷⁵, Rawls propõe, então, que as pessoas tomem parte no contrato social como se elas se encontrassem numa posição original caracterizada por um “véu de ignorância” em relação às preferências e interesses particulares de cada um. Mas será possível justificar essa posição?

2.1.1. O contrato hipotético (“posição original” e “véu de ignorância”) e a racionalidade das partes.

⁷³ Norberto Bobbio afirmava que ao apresentar a sua teoria da justiça, Rawls poderia ser considerado um “neocontratualista”, pois partia da teoria familiar do contrato social em Locke, Rousseau e Kant. Contudo, conforme afirma o mesmo autor, talvez a única semelhança entre ambos é que consideravam um contrato original entre pessoas racionais, pois o espírito do contrato era outro, ou seja, estes tinham como alvo, justificar racionalmente a existência do Estado, enquanto aquele se limitava a apresentar um modelo de sociedade justa. Cfr. BOBBIO, Norberto, *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, pág. 143.

Entretanto, “Rawls provavelmente supõe que a lei de justiça estabelecida pelos indivíduos “numênicos” “na posição original” deva ser concebida e obedecida como uma lei moral pelos indivíduos reais, o que é certamente kantiano.” Cfr. KOLM, Serge-Christophe, *Modern Theories of Justice*. Massachusetts: M.I.T. Press., 1996, p. 252.

Sumariamente, Dworkin caracteriza o contrato social de Rawls como aquele que pretende “isolar a moralidade política dos pressupostos éticos e das controvérsias a respeito do caráter da vida boa.” Cfr. DWORKIN, Ronald, *A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade*. Trad.: Jussara Simões. 1ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. XIV.

⁷⁴ Rawls inicia sua obra “com o argumento de que as disposições sociais da modernidade exigem a legitimidade. Ainda que as disposições de uma sociedade sejam eficientes e perfeitamente lógicas do ponto de vista de sua sistematização, tal sociedade não expressa satisfatoriamente as aspirações humanas” a menos que possam defender a justiça inerente a suas instituições sociais. Cfr. MORRISON, Wayne, *Filosofia do Direito: dos gregos ao Pós-modernismo*. Trad.: Jefferson Luiz Camargo. 1ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 468.

⁷⁵ “Rawls tenta encontrar um ponto de Arquimedes para julgar a estrutura básica da sociedade.” Cfr. BELLAMY, Richard, *Liberalismo e Sociedade Moderna*. Trad.: Magda Lopes. São Paulo: Editora Unesp, 1994, p. 410.

A estrutura básica de uma sociedade democrática de direito, por óbvio, é composta por várias posições sociais, políticas e ideológicas, e por vezes, segundo Rawls, as principais instituições⁷⁶ dessa sociedade acabam favorecendo certos pontos de partida em detrimento de outros, principalmente quando se observa que o ponto escolhido é de maior benefício para uma determinada maioria.⁷⁷

Certo é, também, que, em tese, essa sociedade funcione em sistema de cooperação de sócios, ou seja, por ela ser mais ou menos auto-suficiente, os seus membros devem cooperar em medidas tais que venha trazer certos bens sociais e económicos para essa associação democrática de pessoas racionais.⁷⁸

Acontece que os benefícios gerados pela cooperação, mesmo que em uma estrutura democrática, mas sem regras específicas que se apliquem à estrutura básica da sociedade e que sejam de consenso dessas mesmas pessoas racionais, poderá ser motivo de grande preocupação por conta dos conflitos e identidade de interesses⁷⁹, ou seja, por esses factores, os membros dessa sociedade procurariam, individualmente, no momento da distribuição dos frutos dessa cooperação, obter mais vantagens que os demais.

Diante desse panorama, Rawls enxerga que a melhor forma de cooperação social só acontece quando há três aspectos, quais sejam: 1) coordenação, ou seja, os planos dos cidadãos devem se encaixar um no outro; 2) eficiência (levar a fins sociais) e 3) estabilidade, pois é ela que vai nortear espontaneamente as ações e criar “forças estabilizadoras” para restaurar a organização social em caso de infrações.⁸⁰

Sabe-se, todavia, que esses aspectos obterão êxito somente quando executados por um sistema de princípios de justiça que irá fornecer um modo de atribuir direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade, ou seja, definirão a distribuição apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social.

⁷⁶ No pensamento de Rawls, essas instituições da estrutura básica da sociedade referem-se a uma Constituição Política e os principais acordos económicos e sociais, definindo os direitos e deveres dos homens ao ponto de influenciar seus projetos de vida. Cfr. RAWLS, John, *Uma teoria da justiça*. Trad.: Almiro Piseta e Lenita Maria Rímoli Esteves, 2ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 7.

⁷⁷ Como uma espécie utilitarista de maximização do bem.

⁷⁸ Cfr. RAWLS, John, *Uma teoria da justiça*. Trad.: Almiro Piseta e Lenita Maria Rímoli Esteves, 2ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 4.

⁷⁹ Identidade de interesses “porque a cooperação social possibilita que todos tenham uma vida melhor da que teria qualquer um dos membros se cada um dependesse de seus próprios esforços” e há o conflito de interesses “porque as pessoas não são indiferentes no que se refere a como os benefícios maiores produzidos pela colaboração mútua são distribuídos, pois para perseguir seus fins cada um prefere uma participação maior.” Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 4 e 5.

⁸⁰ Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 6 e 7.

No entanto, esse ainda não é o passo final para alcançar uma sociedade bem-ordenada, pois ainda é necessário que essa mesma sociedade seja efetivamente regulada por uma concepção pública de justiça ou justiça como equidade. Isto é, trata-se de uma sociedade na qual “(1) todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça; 2) as instituições sociais básicas geralmente satisfazem, e geralmente se sabe que satisfazem, esses princípios.”⁸¹

Contudo, resta ainda o problema das desigualdades previstas no primeiro parágrafo desse item. Segundo Rawls, são essas desigualdades, supostamente inevitáveis na estrutura básica de qualquer sociedade, que os princípios da justiça social devem ser aplicados em primeiro lugar.

Pode-se, por fim, até imaginar que esses princípios, então, devam regular a escolha de uma constituição política e os elementos principais do sistema económico e social.

Diante disso, claro está, que os princípios são suficientes para se aplicarem somente aos casos mais importantes de justiça social e a metodologia como se chegou a eles não deve ser descartada só porque o seu conteúdo não é satisfatório em todos os casos.⁸²

Mas como conseguir tamanho êxito? Ou ao menos, como apontar princípios de justiça que alcançariam uma base forte de consenso em torno deles, ao ponto de os cidadãos reconhecerem um ponto de vista comum, a partir do qual suas reivindicações poderiam ser julgadas? Seria possível fugir da parcialidade no momento da escolha desses princípios, por conta da actual posição social, económica ou mundividencial dos personagens que firmariam esse contrato?

Na tentativa de melhor enxergar os conceitos iniciais que tentam responder esses questionamentos, interessante apontar o exemplo de Jonathan Wolf⁸³ quando propõe a ilustração de um jogo de pôquer entre dois jogadores, onde um deles, ao receber suas cartas, nota que, além de ter recebido um jogo fraco, a carta mais valiosa do jogo estava caída ao chão, sendo assim ele propõe ao seu oponente a redistribuição das cartas, que imediatamente rejeita a oferta, pois a mão, pelo que lhe parecia, era favorável.

Na busca para resolver o impasse da forma mais razoável possível, ambos decidem recorrer à regra do jogo, pois as aceitaram antes de iniciá-lo. No entanto, as regras pré-

⁸¹Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 5.

⁸²Cfr. RAWLS, John, *Uma teoria da justiça*. Trad.: Almiro Piseta e Lenita Maria Rímoli Esteves, 2ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 8-10.

⁸³ Cfr. WOLF, Jonathan, *Introdução à filosofia política*, Trad. Maria de Fátima St. Aubyn, Gradiva, Lisboa, 2004, pag. 210-211. Na tentativa de clarificar a proposta de Rawls, Dworkin apresenta exemplo semelhante. Cfr. DWORKIN, Ronald, *Levando os direitos a sério*. Trad.: Nelson Boeira. 1ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 237.

estabelecidas não preveem uma solução para esse caso específico. Diante disso, por uma questão lógica, resolvem recorrer ao árbitro da partida ou a um expectador imparcial, sabe-se, no entanto, que pode acontecer que naquela partida não havia árbitro ou um terceiro que pudesse por fim ao conflito. Então surge outra possibilidade e a sugestão é a de fazer apelo a um acordo hipotético mentalmente, ou seja, os jogadores analisariam que tipo de decisão tomariam para esse facto antes do início da partida, pois o impasse surge porque ambos estão influenciados diretamente pelas cartas que atualmente tem em mãos.

Talvez isso não garanta a resolução do problema, mas ao menos tem-se a impressão que seria uma forma de tentar filtrar a parcialidade originada pelos próprios interesses dos competidores.

Exactamente com esse viés é que Rawls propõe a formalização de um contrato hipotético, na construção de sua teoria da justiça ou justiça como equidade e com o intuito de equacionar questões fundamentais de justiça social.

Ora, claro está, que a finalidade de adotar um contrato hipotético, em condições especiais, é justamente para afastar as partes contratantes do mundo real, em função da posição interessada que ocupam.⁸⁴

Mas quais seriam essas condições especiais? Segundo Rawls, na celebração do referido contrato, as partes se encontrariam em uma “*posição original*”⁸⁵, ou seja, precedente ao momento da escolha dos princípios que regulariam as instituições básicas da sociedade, sob um “*véu de ignorância*” que será o penhor da imparcialidade das partes, mesmo elas estando dotadas de uma concepção tênue do bem, ou seja, assumindo uma preferência pela posse ou bens primários⁸⁶, quais sejam: direitos, liberdade⁸⁷ e oportunidades, rendas e riquezas.⁸⁸

⁸⁴ “Entre as características essenciais dessa situação está o facto de que ninguém conhece o seu lugar na sociedade, a posição de sua classe ou o status social e ninguém conhece sua sorte na distribuição de dotes e habilidades naturais, sua inteligência, força, e coisas semelhantes.” Cfr. RAWLS, John, *Uma teoria da justiça*. Trad.: Almiro Piseta e Lenita Maria Rímoli Esteves, 2ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 13 e segs.

⁸⁵ A posição original “é o *status quo* inicial apropriado para assegurar que os consensos básicos nele estabelecidos sejam equitativos. Esse facto delimita o conceito de “justiça como equidade”. Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 19. Ver também pag. 157 e 158. Ali, Rawls aponta as características do contrato hipotético na posição original, em relação a natureza das partes, ao objeto da justiça, a apresentação de alternativas, ao momento de entrada, as circunstâncias da justiça, as condições formais impostas aos princípios, ao conhecimento e as crenças, a motivação das partes, a racionalidade, a condição para o acordo, a condição de obediência e a ausência de acordo.

⁸⁶ Rawls defende que os que escolhem a posição original possuem apenas uma “teoria superficial do bem”, que consiste em vários “bens primários” que ele presume serem racionais a todas as pessoas que, independentemente de suas opiniões, queiram maximizá-los. Cfr. BELLAMY, Richard, *Liberalismo e Sociedade Moderna*. Trad.: Magda Lopes. São Paulo: Editora Unesp, 1994, p. 411.

Portanto, a posição original deve se caracterizar, essencialmente, onde os contratantes estão sob a influência de um “véu de ignorância”, sendo assim (1) ninguém conhece seu lugar na sociedade, ou seja, sua posição de classe ou *status* social (rico ou pobre; influente ou desprestigiado); (2) ninguém conhece sua sorte na distribuição de dotes e habilidades naturais, sua inteligência, força e situações do gênero (forte ou fraco; alto ou baixo; provido ou desprovido de intelectualidade ou aptidão ao desporto; homem ou mulher); (3) ninguém conhece suas concepções do bem⁸⁹, as particularidades de seu plano de vida racional ou suas propensões psicológicas particulares (aversão ao risco ou sua tendência ao otimismo ou pessimismo); (4) as partes não conhecem a posição económica e política de sua sociedade ou o nível de cultura e civilização que ela foi capaz de atingir; (5) ninguém tem informação sobre a qual geração pertence e (6) as partes não conhecem as contingências que as colocam em oposição. (doutrinas filosóficas ou religiosas).⁹⁰

Além disso, interpreta-se que o “véu de ignorância” significa não apenas que as partes não têm conhecimento de seus objetivos e finalidades particulares (exceto o que está contido na vaga teoria dos bens primários), mas também que o registro histórico lhes é inacessível.⁹¹

Conforme asseverou Kolm, tudo o que se requer dessa ignorância é que cada indivíduo “original não saiba qual dentre os indivíduos reais ele poderá tornar-se; essa incerteza, porém, deve ser total.”⁹²

Sabe-se, no entanto, que apesar de estarem vestidas com esse “véu de ignorância”, as partes na posição original possuem o pleno conhecimento de que são chamados a escolher os princípios de justiça que regulam uma sociedade situada entre a total escassez e a total abundância, ou seja, uma condição de escassez moderada.⁹³ “Aliás, se assim não fosse, seriam irrelevantes as considerações de justiça no âmbito da sociedade em causa.”⁹⁴

⁸⁷ Parece que a igual liberdade de consciência é o único princípio que as pessoas na posição original conseguem reconhecer. Elas não podem correr riscos envolvendo a sua liberdade, permitindo que a doutrina religiosa ou moral dominante persiga ou elimine outras doutrinas se o pretender. Cfr RAWLS, John, ob. cit., p. 240.

⁸⁸ Quando Rawls explica os bens primários, ele adota uma interpretação bastante familiar, que vem desde Aristóteles e chega até Kant e Sidgwick. “A ideia principal é a de que o bem de uma pessoa é determinado pelo que é para ela o mais racional plano de vida a longo prazo, dadas circunstâncias razoavelmente favoráveis. Um homem é feliz quando é mais ou menos bem-sucedido na maneira de realizar seu plano. Para resumir, o bem é a satisfação de um desejo racional.” Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 98.

⁸⁹ Isso quer dizer que, embora saibam que possuem algum plano racional de vida, elas não conhecem os detalhes desse plano, os objetivos e interesses particulares que ele busca promover. Cfr. RAWLS, John, *Uma teoria da justiça*. Trad.: Almiro Piseta e Lenita Maria Rímoli Esteves, 2ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 153.

⁹⁰ Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 146 e 147.

⁹¹ Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 200.

⁹² Cfr. KOLM, Serge-Christophe, *Modern Theories of Justice*. Massachusetts: M.I.T. Press., 1996, p. 244.

⁹³ Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 137.

⁹⁴ Cfr. BRITO, Miguel Nogueira de, *As andanças de Cândido: Introdução ao pensamento político do século XX*, Edições 70, Lisboa, 2009, p. 44.

Tem-se a percepção, também, que o único facto particular que as partes conhecem é que a sua sociedade está sujeita à circunstância da justiça e todas as consequências que possa decorrer disso, em especial uma sociedade bem-ordenada.

Quanto aos factos gerais, presume-se que as partes conhecem quaisquer que afectem a escolha dos princípios da justiça, tais como as relações políticas e os princípios da teoria económica, bem como a base da organização social e as leis que regem a psicologia humana.

Ora, essa estrutura “informacional, que constitui o “*fino véu da ignorância*”, é necessária e suficiente para o objetivo da teoria da posição original.”⁹⁵

Importante considerar, no entanto, que os opositores a esse pensamento considerarão que as pessoas na posição original, sob a influência do “*véu de ignorância*”, sabem tão pouco sobre a sua situação, que um acordo racional sobre os princípios da justiça é impossível e diante disso, alguns podem propor que os princípios deveriam ser escolhidos à luz de todo o conhecimento disponível.⁹⁶

No entanto, para Rawls, as restrições impostas às informações particulares na posição original são de fundamental importância. Sem elas não seria possível elaborar uma teoria da justiça nesses aspectos, pois se for permitido um conhecimento das particularidades, o resultado será influenciado por contingências arbitrárias e assim não gerariam acordos justos. Ora, “as partes devem estar situadas de forma equitativa e devem ser tratadas de forma igual como pessoas éticas.”⁹⁷

Vale, sobretudo, ressaltar também que, conforme Rawls: “Uma vez excluído o conhecimento, a exigência da unanimidade não é imprópria, e o facto de que pode ser

⁹⁵Cfr. KOLM, Serge-Christophe, ob. cit., p. 244.

⁹⁶Cfr. RAWLS, John, *Uma teoria da justiça*. Trad.: Almiro Piseta e Lenita Maria Rímoli Esteves, 2ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 149 e 439. Essa, inclusive, é uma crítica de Dworkin, que contrário a Rawls, desenvolve a sua ideia de igualdade de recursos considerando o seguinte: “O dispositivo de uma posição original não pode ser plausivelmente aceito como ponto de partida da filosofia política. Requer o embasamento de uma teoria mais profunda, que explique por que o facto de as pessoas escolherem determinados princípios nessa posição, se escolhessem, os autentica como princípios da justiça. A força da posição original como dispositivo das argumentações pela justiça, ou de qualquer modelo específico da posição original para tal finalidade, depende, na minha opinião, da adequação de uma interpretação da igualdade de recursos que a sustente, e não o contrário [...] Minhas argumentações foram elaboradas para permitir às pessoas tantos conhecimentos quanto fossem possíveis, sem cancelar o exercício completamente. Em especial, permitem às pessoas um autoconhecimento suficiente, como indivíduos, para manter relativamente intacta a noção de suas próprias personalidades e, principalmente, sua concepção sobre o que é mais valioso na vida, ao passo que é essencial à posição original que seja exactamente esse o conhecimento que falta às pessoas.” Cfr. DWORKIN, Ronald, *A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade*. Trad.: Jussara Simões. 1ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 155-156.

⁹⁷Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 151-152. Kolm destaca, ainda, que, como os indivíduos na posição original são todos idênticos, isso anularia “os efeitos tanto dos meios diferentes quanto dos fins diferentes dos indivíduos reais no que diz respeito à escolha dos princípios” de justiça. Cfr. KOLM, Serge-Christophe, *Modern Theories of Justice*. Massachusetts: M.I.T. Press., 1996, p. 235.

satisfeita é de grande importância. Oferece-nos a possibilidade de afirmar que a concepção da justiça aqui privilegiada representa uma genuína conciliação de interesses”.⁹⁸

Finalmente, Rawls defende a racionalidade das partes na posição original de sua teoria, quando afirma que “a racionalidade da escolha de uma pessoa não depende de quanto ela sabe, mas apenas da eficiência de seu raciocínio a partir de qualquer informação que tenha, por mais incompleta que seja.”⁹⁹

Ora, como se sabe, embora as partes não tenham nenhuma informação a respeito de seus objetivos particulares, mas são guiadas somente pelos bens primários, pelo senso de justiça, pelos factos genéricos da política e pela sensação da escassez moderada, elas “devem tentar proteger as suas liberdades, ampliar as suas oportunidades, e aumentar os seus meios de promover os seus objetivos, quaisquer que sejam eles. Portanto, as partes podem tomar uma decisão racional no sentido comum.”¹⁰⁰

Importante esclarece ainda, em suma, que esse senso de justiça é de conhecimento público entra as partes, ou seja, ele tem como objetivo assegurar a integridade do acordo feito na posição original. Isso significa que as partes entendem e agem de acordo com os princípios acordados, quaisquer que sejam eles.

“Portanto, elas são racionais no sentido de não fazerem acordos que sabem que não poderão manter, ou que poderão manter com grande dificuldade. Juntamente com outras considerações, elas levam em conta a força do compromisso. Assim, ao avaliarem as concepções da justiça, as pessoas na posição original devem supor que aquela que escolheram será estritamente obedecida”.¹⁰¹

Sendo assim, ao aceitarem o acordo original, as partes supõem que as suas concepções do bem tem uma certa estrutura, e isso é suficiente para que elas escolham princípios de modo racional.¹⁰²

⁹⁸Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 152. Interessante destacar, aqui, a sumária afirmação de Kolm sobre esse aspecto: “Em outras palavras, a teoria de Rawls é baseada numa *dupla* “*unanimidade de preferência*” (não uma unanimidade do tipo que resultaria de um acordo ou uma troca entre qualquer número de indivíduos). Primeiro, os indivíduos na “posição original” são unânimes porque são idênticos; segundo, os indivíduos reais são unânimes porque são morais.”Cfr. KOLM, Serge-Christophe, ob. cit., p. 252.

⁹⁹ Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 439.

¹⁰⁰ Cfr. RAWLS, John, *Uma teoria da justiça*. Trad.: Almiro Piseta e Lenita Maria Rímoli Esteves, 2ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 155.

¹⁰¹ Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 155-157.

¹⁰²“Rawls considera sua concepção de uma hipotética cegueira originária, uma espécie de “interpretação processual” do conceito kantiano de imperativo categórico. A seu ver, o véu de ignorância recobre egos numerais que exprime sua natureza enquanto membros racionais e iguais de um universo inteligível.” Cfr. MERQUIOR, José Guilherme, *O argumento Liberal*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983, p. 193.

“As condições incorporadas à posição original são os princípios básicos que regem nossas capacidades morais ou, de modo mais específico, nosso senso de justiça. A posição original é, portanto, uma representação

Pelo exposto, parece razoável, agora, supor que as partes na posição original são iguais. Isto é, todas possuem os mesmos direitos no processo da escolha de princípios de justiça.

Supõe-se também, segundo Rawls, que “cada homem tenha a capacidade necessária para escolher e entender quaisquer princípios que sejam adotados e agir de acordo com eles”.¹⁰³ Pois, a concepção de Rawls “requer apenas a existência de um tal véu que provoque a escolha dos princípios por ela anunciada”¹⁰⁴ ou a consequência é que “os princípios resultantes serão aqueles sobre os quais qualquer pessoa teria voluntariamente concordado.”¹⁰⁵

2.1.2. Os dois princípios e a justiça como equidade.

Estabelecida a ideia do contrato hipotético, sob os efeitos da posição original, resta saber agora quais são os princípios de justiça que as partes escolheriam quando revestidos por essa condição. Para Rawls, os contratantes, em condições especiais, indubitavelmente, escolheriam dois princípios, quais sejam: “*Primeiro Princípio*: Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para todos; *Segundo Princípio*: As desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de tal modo que, ao mesmo tempo: (a) Tragam o maior benefício possível para os menos favorecidos, obedecendo às restrições da poupança justa, e (b) sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades”.¹⁰⁶

O primeiro princípio, portanto, será o da liberdade básica igual e o segundo se dividirá, respectivamente, em princípio da diferença e princípio da justa igualdade de oportunidade.¹⁰⁷

esquemática de um processo mental particular de pelo menos alguns seres humanos, ou talvez da maioria, assim como a estrutura profunda da gramática, sugere ele, é a representação esquemática de uma capacidade mental diferente.” Cfr. DWORKIN, Ronald, *A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade*. Trad.: Jussara Simões. 1ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 247.

¹⁰³ Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 21.

¹⁰⁴ Cfr. KOLM, Serge-Christophe, *Modern Theories of Justice*. Massachusetts: M.I.T. Press., 1996, p. 243.

¹⁰⁵ Cfr. MORRISON, Wayne, *Filosofia do Direito: dos gregos ao Pós-modernismo*. Trad.: Jefferson Luiz Camargo. 1ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 471.

¹⁰⁶ O exposto é a versão final dos dois princípios. Cfr. RAWLS, John, *Uma teoria da justiça*. Trad.: Almiro Piseta e Lenita Maria Rímoli Esteves, 2ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 333.

¹⁰⁷ O segundo princípio se subdivide em duas expressões fundamentais. Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 64 e BRITO, Miguel Nogueira de, BRITO, Miguel Nogueira de, *As andanças de Cândido: Introdução ao pensamento político do século XX*. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 44 e segs.

Em suma, o primeiro princípio - o das liberdades básicas iguais - como o próprio nome sugere, exige que as regras a esse respeito garantam a mais abrangente liberdade compatível com uma igual liberdade para todos. É possível determinar uma lista dessas liberdades, como bem salientou Rawls, sendo que as mais importantes são a liberdade política (o direito de votar e ocupar um cargo público), a liberdade de expressão e reunião, a liberdade de consciência e de pensamento, considerando, no entanto, que nem todas as liberdades são básicas e assim não se enquadram dentro do primeiro princípio.¹⁰⁸

O segundo princípio, mais especificamente a primeira parte dele, estabelece como regra geral, que mesmo que haja uma distribuição de bens de forma desigual, mas sem piorar a situação de nenhuma outra e melhorar a de ao menos uma pessoa, por conta do princípio da diferença, essa desigualdade é permitida.

Torna-se inteligível o princípio da diferença quando se considera a distribuição de talentos naturais como um bem comum, ou seja, “os que foram favorecidos pela natureza, sejam eles quem forem, podem beneficiar-se de sua boa sorte apenas em termos que melhorem a situação dos menos felizes.”¹⁰⁹ Continua, Rawls: “Os naturalmente favorecidos não se devem beneficiar simplesmente porque são mais bem dotados, mas apenas para cobrir os custos de treinamento e educação e para usar os seus dotes de maneiras que ajudem também os menos favorecidos. [...] Ninguém merece a maior capacidade natural que tem, num um ponto de partida mais favorável na sociedade. Contudo, por obvio, isso não é motivo para ignorar essas distinções, muito menos para eliminá-las. Em vez disso, a estrutura básica pode ser ordenada de modo que as contingências trabalhem para o bem dos menos favorecidos”.¹¹⁰

A ordenação sugerida por Rawls é justamente a aplicação do princípio da diferença, pois ela traduz uma concepção de reciprocidade, de benefício mútuo, não se aplicando, portanto, uma noção de mérito.

Ao olhar assim, a primeira parte do segundo princípio acaba apresentando uma relação com o princípio da fraternidade, pressupondo a ideia de não querer ter maiores vantagens, excepto quando isso trouxer benefícios para os outros que estão em pior situação. “Os membros de uma família geralmente não desejam ganhar a não ser que possam fazer isso de modo que promovam os interesses dos outros.”¹¹¹ A regra é, portanto, que aqueles que se

¹⁰⁸ Dentre outras liberdades básicas: Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 65-68.

¹⁰⁹ Cfr. RAWLS, John, *Uma teoria da justiça*. Trad.: Almiro Piseta e Lenita Maria Rímoli Esteves, 2ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 108.

¹¹⁰ Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 108-109.

¹¹¹ Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 111-113.

encontram em melhor situação, estão dispostos a obter o mais elevado grau de suas expectativas quando resultar em benefícios para os menos favorecidos. Sendo assim, as desigualdades permitidas contribuem para o bem-estar dos menos afortunados.¹¹²

Já a segunda parte do segundo princípio, ou seja, a igualdade de oportunidades, “significa uma chance igual de deixar para trás os menos afortunados na busca de influência e posição social.”¹¹³

Segundo Rawls, os indivíduos deveriam preferir tais princípios¹¹⁴ porque adotariam um critério denominado de “maximínimo”, ou seja, estando inteiramente incertos quanto às consequências de sua opção, por conta das restrições propostas da posição original, racionalmente minimizarão o perigo de serem prejudicados. “Por isso considerarão uma hipótese de risco máximo, garantindo que cada desigualdade beneficie os menos favorecidos entre os pactuantes. O “maximínimo” é, portanto, uma apólice de seguro.”¹¹⁵

Finalmente, o último ponto a se considerar é a ordem de aplicação não aleatória dos princípios, pois, na tentativa de não depender do intuicionismo ou pelo menos reduzi-lo ao máximo, Rawls propõe a adoção do que ele chamou de ordem serial ou lexical, “onde este método exige que o primeiro princípio da ordenação seja satisfeito antes de podermos passar para o segundo, o segundo antes de considerarmos o terceiro, e assim por diante.”¹¹⁶ Sendo assim, um determinado princípio não se impõe até que aqueles que o precedem sejam plenamente aplicados ou se constate que não se aplicam ao caso em discussão.

Dessa forma, Rawls defende que a ordem posta dos dois princípios da justiça deve ser categoricamente obedecida, por exemplo, “essa ordenação significa que as violações das liberdades básicas protegidas pelo primeiro princípio não podem ser justificadas nem compensadas por maiores vantagens econômicas e sociais”, a saber, ainda, que essas mesmas

¹¹²O argumento de Rawls pelo seu princípio da diferença supõe, por exemplo, que “podemos definir os interesses das pessoas em pelo menos um modo rarefeito antes de qualquer decisão acerca do que a justiça requer; mesmo as pessoas que ignoram seus mais concretos interesses conseguem presumir de maneira sensata, segundo ele, que quanto mais recursos tiverem, melhor para elas – assim podem aspirar, mesmo por trás do véu da ignorância sobre esses interesses mais concretos, a se resguardar contra um sacrifício grande demais de seus interesses rarefeitos assim concebidos.” Cfr. DWORKIN, Ronald, ob. cit., p. 388.

¹¹³Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 114.

¹¹⁴Interessante notar a interpretação que Dworkin faz sobre esse aspecto, senão vejamos: “Rawls pressupõe que seus homens escolheriam inevitavelmente princípios moderados porque essa seria a única escolha racional, em seu estado de ignorância, a ser feita por homens motivados por seu próprio interesse. Alguns homens reais, porém, conhecendo seus próprios talentos, poderiam perfeitamente preferir princípios menos moderados, que lhes permitissem aproveitar os recursos que sabem ter.” Cfr. DWORKIN, Ronald, *A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade*. Trad.: Jussara Simões. 1ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 241.

¹¹⁵Cfr. MERQUIOR, José Guilherme, *O liberalismo Antigo e Moderno*. Trad.: Henrique de Araújo Mesquita. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991, p. 207.

¹¹⁶ Cfr. RAWLS, John, *Uma teoria da justiça*. Trad.: Almiro Piseta e Lenita Maria Rímoli Esteves, 2ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 46.

liberdades básicas que compõe o primeiro princípio só podem ser limitadas ou comprometidas quando entram em conflito com outras liberdades básicas.¹¹⁷

Portanto, o segundo princípio de justiça só entre em jogo quando o primeiro princípio, o da liberdade básica igual, for plenamente realizado ou não se aplicar em nada ao caso, considerando, ainda, que a igualdade de oportunidades deve ser consistente tanto com as liberdades básicas como com a distribuição de riqueza e renda.¹¹⁸

Essa tentativa de priorizar os princípios postos em primeiro lugar, além de tentar minimizar o uso da intuição, revela o caráter de prioridade que certos direitos possuem em relação a outros, pois são vistos em graus de importância para a sociabilidade democrática.

Supõe-se, todavia, que os homens pareçam dispostos a renunciar a certos direitos políticos (princípio das liberdades básicas iguais) quando as compensações econômicas forem significativas. Pela regra da ordem lexical, esse tipo de permuta entre os dois princípios é proibido, pois as liberdades básicas, antes de qualquer outro direito, deve ser plenamente satisfeito e assim não seria possível a sua troca por ganhos sociais e econômicos, a não ser em circunstâncias atenuantes.¹¹⁹

Em suma, por todo o exposto, considera-se que esses princípios devem regular todos os acordos subsequentes, especificar os tipos de cooperação social que se podem assumir e as formas de governo que se pode estabelecer. Essa maneira de considerar os princípios de justiça é chamada, por Rawls, de justiça como equidade, que a considera como a base das sociedades democráticas.¹²⁰

É óbvio deduzir a propriedade da aplicação: “*justiça como equidade*”, pois transmite a ideia de que os princípios da justiça são acordados numa situação inicial, adequadamente definida, de igualdade. “A justiça como equidade é uma teoria de nossos sentimentos morais, que se manifestam por nossos juízos ponderados, em estado de equilíbrio reflectido.”¹²¹

¹¹⁷Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 65-66.

¹¹⁸Interessante notar as considerações de Dworkin a esse respeito: “O direito básico da teoria profunda de Rawls não pode ser um direito a nenhuma meta individual particular, como um direito à segurança da vida, ou o direito de levar uma vida de acordo com uma concepção particular do que seja o bem.” [...] “Pois as partes contratantes na posição original não sabem que têm qualquer interesse desse tipo, nem os classificam lexicalmente à frente dos outros.” Cfr. DWORKIN, Ronald, ob. cit., p. 276.

¹¹⁹Cfr. RAWLS, John, *Uma teoria da justiça*. Trad.: Almiro Piseta e Lenita Maria Rímoli Esteves, 2ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002., p. 67.

¹²⁰Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 12.

¹²¹Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 115. A técnica do equilíbrio reflexivo desempenha uma tarefa relevante no argumento de Rawls e vale a pena descrevê-la, resumidamente, através da coesa interpretação de Dworkin a respeito do tema, senão vejamos: “A técnica supõe que os leitores de Rawls possuem um senso, que aplicamos em nossa vida cotidiana, de que certos arranjos ou decisões políticas, como os juízos convencionais, são justos, e que outros, como a escravidão, são injustos. Além disso, supõe que cada um de nós é capaz de dispor essas instituições intuitivas em uma ordenação que designe algumas delas como mais corretas que outras.”[...]De

Portanto, os princípios de justiça, na *Teoria* de Rawls, devem ser o objecto do consenso inicial¹²², ou seja, a partir desse pacto inicial que se formará a estrutura básica da sociedade.

2.1.3. Aplicação dos princípios de justiça (a um passo da Razão Pública).

Em grande parte da sua teoria da justiça, Rawls procura, considerando vários aspectos, justificar a escolha da justiça como equidade em detrimento a outras correntes político-filosóficas, em especial o utilitarismo.

Evidente que a explicação pormenorizada desses detalhes levaria um tempo desnecessário para o que de facto nos interessa. No entanto, antes de tudo, destacam-se dois pontos que merecem total atenção, pois se coadunam, mais tarde, com a ideia de razão pública no liberalismo político.

Em primeiro lugar é importante ratificar o facto de que os princípios escolhidos na posição original se aplicarão, inicialmente, à estrutura básica da sociedade e suas instituições, ou seja, para os propósitos de uma teoria da justiça, a estrutura social deve ser considerada em duas partes diferentes, sendo que o primeiro princípio se aplica a uma delas e o segundo à outra. “Assim distinguimos entre os aspectos do sistema social que definem e asseguram liberdades básicas iguais e os aspectos que especificam e estabelecem as desigualdades económicas e sociais.”¹²³

A forma assim posta é perceptível quando Rawls leciona a sequência de quatro estágios de aplicação da justiça como equidade.

No momento inicial, como visto, as partes se encontram em uma “*posição original*”, revestidas por um “*véu de ignorância*” e ali definirão os princípios de justiça.

acordo com a técnica do equilíbrio, é tarefa da filosofia moral fornecer uma estrutura de princípios que sustente essas convicções sobre quais estamos mais ou menos certos.[...]Esses princípios devem, ainda, fundamentar nossos juízos, e não simplesmente explicá-los, e isso significa que os princípios devem ter um apelo independente ao nosso senso moral. Poderia ser o caso de que, por exemplo, um conjunto de convicções morais habituais se mostrasse favorecendo uma política indigna – talvez, os juízos padronizados que fazemos sem ponderação sirvam ao propósito de manter no poder uma determinada classe. Mas esta descoberta não pesaria a favor do princípio do egoísmo de classe; ao contrário, desacreditaria nossos juízos habituais, a menos que se pudesse encontrar algum outro princípio mais respeitável que também se adequasse às nossas intuições. Neste caso, seria este o princípio, e não o princípio do interesse de classe, recomendado por nossas intuições.” Cfr. DWORKIN, Ronald, *A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade*. Trad.: Jussara Simões. 1ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 242-245.

¹²² “Certos princípios de justiça justificam-se porque seriam aceites numa situação inicial de igualdade.”. Cfr. RAWLS, John, *Uma teoria da justiça*. Trad.: Almiro Piseta e Lenita Maria Rímoli Esteves, 2ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 24.

¹²³ Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 65.

No segundo e terceiro estágio, o “*véu de ignorância*” será retirado em partes, pois, apesar de terem agora conhecimento dos princípios básicos da teoria da justiça e dos factos genéricos sobre a sociedade, as partes ainda não devem possuir nenhuma informação a respeito de suas próprias condições ou de indivíduos específicos, sendo que no segundo estágio, aplicar-se-á, exclusivamente, o primeiro princípio (liberdade igual) para a formação de uma carta magna ou convenção constituinte, a garantir de forma justa, então, as liberdades individuais fundamentais e a liberdade de consciência e a de pensamento, bem como o processo político como um todo. “Assim, a constituição estabelece um *status* comum seguro de cidadania igual e implementa a justiça política.”¹²⁴

Já o segundo princípio, será aplicado no terceiro estágio, onde as partes, respeitado sempre os termos da constituição, por conta da ordem lexical ou serial, atuarão na formação das leis, determinando, dessa forma, as políticas sociais e económicas.

O quarto e último estágio é o de aplicação, aos casos concretos, das regras estabelecidas pela constituição e pela legislação, por parte dos administradores públicos e dos Tribunais Judiciais, sendo que nesse momento, todas as restrições impostas pelo “*véu de ignorância*” são retiradas, ou seja, todos possuem total acesso a todos os factos. “Não há mais limites ao conhecimento, uma vez que agora se adota um sistema pleno de regras que se aplica aos indivíduos em virtude de suas características e circunstâncias.”¹²⁵ E a única fonte de argumento, que os cidadãos e os agentes públicos devem utilizar no espaço público, é a norma constitucional e legal que procedeu dos princípios de justiça.

Sabe-se que essa forma de aplicação dos princípios, em especial ao quarto estágio, é o pensamento estruturante para a ideia do principal paradigma da razão pública, conforme se verá logo adiante.

Finalmente, o outro aspecto de destaque, são as cinco condições que devem ser observadas à aplicação dos princípios de justiça. Em primeiro lugar, os princípios devem ser gerais, ou seja, não devem ter uma condição pessoal ou individual no momento da sua aplicação.

Em segundo lugar eles devem ser universais, devendo, por assim dizer, ser aplicados a todos.

Uma terceira condição é a publicidade, pois se acredita que todos saberão a respeito da aplicação desses princípios, pois a sua aceitação foi o resultado de um consenso. “Portanto, as

¹²⁴Cfr. RAWLS, John, *Uma teoria da justiça*. Trad.: Almiro Piseta e Lenita Maria Rímoli Esteves, 2ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 215.

¹²⁵Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 216.

partes consideram as concepções da justiça como instituições da vida social publicamente reconhecidas e totalmente eficazes.”¹²⁶

Em quarto lugar, a aplicação dos princípios deve impor às reivindicações conflitantes uma ordenação. “É claramente desejável que uma concepção da justiça seja completa, ou seja, capaz de ordenar todas as reivindicações que possam surgir.”¹²⁷

A quinta e última condição é a de carácter terminativo dos princípios, ou seja, “as partes devem avaliar o sistema de princípios como a última instância de apelação do raciocínio prático. Não há padrão mais elevado ao qual os argumentos em favor das reivindicações possam recorrer; o raciocínio bem-sucedido feito a partir desses princípios é conclusivo.”¹²⁸

Depreende-se dessa última condição que, os princípios assim colocados, “sobrepõem às reivindicações da lei e do costume, e, de uma forma geral, das regras sociais. Se sobrepõem também as considerações de prudência e interesse próprio”¹²⁹, ou seja, está proibido considerá-los uma segunda vez no final ou reconsiderá-los, só porque o resultado não agradou as partes contratantes.

Tem-se a impressão que Rawls, influenciado por essas ideias, em especial a quinta condição, proporá, mais tarde, a construção do objeto da razão pública. Proposta essa que será analisada e se tornará, aqui, a principal crítica ao seu pensamento.

Portanto, por todo o exposto, Rawls tem em mente a construção de uma teoria da justiça que se torne a melhor aproximação possível dos juízos ponderados de justiça (equilíbrio reflexivo) dos cidadãos racionais e, assim, oferecer o fundamento moral mais apropriado para uma sociedade democrática de direito.

2.2. O liberalismo político e as duas questões fundamentais.

Temos a impressão que as primeiras ideias de Rawls alcançam o seu desiderato, tonando-se uma forte concorrente ao pensamento utilitaristas, o que não as livrou, por certo, de calorosos debates e de várias reações contrárias.¹³⁰

¹²⁶Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 143-144.

¹²⁷Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 144.

¹²⁸Cfr. RAWLS, John, *Uma teoria da justiça*. Trad.: Almiro Piseta e Lenita Maria Rímoli Esteves, 2ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002., p. 145.

¹²⁹Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 145.

¹³⁰O conjunto de críticas mais importantes veio, sem dúvidas, dos comunitaristas, encabeçados por Michael Walzer, Alisdair MacIntyre, Charles Taylor e, acima de tudo, Michael Sandel. Para uma coleção dos primeiros ensaios, três importantes e extensas críticas são de: BARRY, Brian, *The liberal Theory of justice*. Oxford:

Ao nosso ver, o ponto nevrálgico dessas críticas consistiu, primeiramente, no falhanço de como a ideia de justiça como equidade fora construída para a formação de uma “sociedade bem-ordenada”, onde, muito possivelmente, as divergências morais tenderiam a desaparecer, pois, pelo que parecer, Rawls, até então, não havia atentado, diligentemente, ao facto de que o resultado normal do exercício da razão humana, dentro de um regime democrático constitucional moderno, é a pluralidade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais abrangentes e razoáveis (pluralismo razoável)¹³¹, porém, incompatíveis entre si.

É notório que em uma *Teoria*, a proposta é a de que, na sociedade bem-ordenada da justiça como equidade, os cidadãos professassem uma mesma doutrina abrangente, e isso inclui os aspectos da própria justiça como equidade. Mas dado o facto do pluralismo razoável, essa doutrina abrangente não tem como ser compartilhada pelos cidadãos em geral, assim como não seria possível todos compartilharem a mesma doutrina religiosa ou outra filosófica como, por exemplo, a utilitarista.

Outro ponto crítico, e aqui tomamos, sumariamente, a crítica de Sandel, é o conceito rawlsiano de “*self*” (eu mesmo), para se distinguir o “eu” de seus fins, que, “segundo o modelo deontológico de Rawls, é inevitável que se incorra em uma das duas situações antitéticas”¹³²: “*a radically situated subject*” (a de um sujeito radicalmente situada) or “*a radically disembodied subject*” (ou a de um sujeito radicalmente desencarnado). Sandel argumenta que toda identidade cultural, política, social, etc é na verdade determinada por fins

Claredon Press, 1973; WOLFF, Robert Paul, *Understanding Rawls: A reconstruction and Critique of a “Theory of Justice”*. Princeton: Princeton University Press, 1977 e SANDEL, Michael, *Liberalism and the Limits of Justice*. Ed: 2ª. New York: Cambridge University Press, 1998.

Muitos desses críticos, em suma, apontaram para a impossibilidade de abstrair os indivíduos de qualquer contexto histórico e social, ou de se encontrar critérios de racionalidade e justificativa nos princípios morais que não sejam relativos a perspectivas éticas particulares. Segundo Bellamy, os comunitaristas observam que Rawls “só pode alcançar seu consenso ignorando as identidades históricas divergentes e as desigualdades sociais e econômicas, que do mundo real moldam e limitam as decisões morais e políticas. Desta perspectiva, sua teoria é simplesmente irrelevante.[...]Ou estes dados são muito superficiais para possibilitar a formação de qualquer concepção de justiça, ou, se quiserem, Rawls dotou-os de algumas atitudes e de modos de raciocínio culturalmente específicos. Como os outros teóricos neutralistas, Rawls parece estar preso entre a Cila da arbitrariedade e a Caribde da indeterminação.” Cfr. BELLAMY, Richard, *Liberalismo e Sociedade Moderna*. Trad.: Magda Lopes. São Paulo: Editora Unesp, 1994, p. 412-413.

¹³¹ Parece-nos, para que a ideia de pluralismo, exposta por Rawls, fique clara, interessante notar a brilhante exposição sobre o tema em Bobbio: Quando se falar de pluralismo ou de concepção pluralista da sociedade, entende-se claramente três coisas, quais sejam: Primeiramente, uma constatação de facto, “nossas sociedades são sociedades complexas. Nelas se formaram esferas particulares relativamente autônomas, desde sindicatos até os partidos, desde os grupos organizados até os grupos não organizados, etc. Em segundo lugar, uma preferência: o melhor modo para organizar uma sociedade desse tipo é fazer com que o sistema político permita aos vários grupos ou camadas sociais que se expressem politicamente, participem, direta ou indiretamente, na formação da vontade coletiva. Em terceiro lugar, uma refutação: uma sociedade política assim constituída é a antítese de toda forma de despotismo a que se costuma chamar totalitarismo.” BOBBIO, Norberto, *As ideologias e o poder em crise*. Trad.: João Ferreira. 3ª Ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994, p. 16.

¹³² Cfr. OLIVEIRA, Nythamar, *Rawls*. Filosofia passo a passo 18. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 22-23.

que não foram escolhidos por indivíduos isolados ou desinteressados, mas descobertos e desvelados pela inserção do indivíduo em um determinado contexto social, daí a formulação lapidar do “*embedded self*” (o eu arraigado, inserido, situado) contra o “*encumbered self*” (o eu desimpedido, isolado) de Rawls.¹³³

Logo, a ideia de sociedade bem–ordenada assim concebida pela ideia inicial da justiça como equidade, passa a ser pouco realista, pois é necessário reconhecer que o desacordo é característica permanente das sociedades democráticas contemporâneas, sendo elemento inalienável das instituições políticas e o cidadão, por óbvio, não conseguirá formular fundamentos de justiça sem recorrer aos seus mais profundos sentimentos morais (se assim pode ser nominados).

A ser assim, as premissas iniciais precisavam ser imediatamente reformuladas¹³⁴, o que veio a ocorrer nos anos posteriores e que acabou se consolidando em 1993, por intermédio da obra *Political Liberalism*.¹³⁵

Ao levar a sério a profundidade absoluta desse conflito latente e irreconciliável do pluralismo razoável, além da questão do “*Self*”, Rawls confia, agora, ao liberalismo político, a incumbência de elaborar uma concepção de justiça política, que consiga conquistar o apoio de um consenso sobreposto de doutrinas abrangentes e que se torne a base de justificação pública para questões constitucionais e de direitos básicos, em uma sociedade de regime democrático.¹³⁶

Na tentativa de melhor explicar e entender o objetivo do liberalismo político, Rawls formula duas questões fundamentais que ele mesmo se propõe a responder, ou seja, “que concepção de justiça é mais apropriada para especificar os termos equitativos de cooperação

¹³³ Cfr. SANDEL, Michael, *Liberalism and the Limits of Justice*. Ed. 2ª., New York: Cambridge University Press, 1998, p. 125-126.

¹³⁴ “A ideia da justificação não vai já buscar-se apenas à argumentação com base em princípios ou juízos morais justificados, mas também à cultura política das democracias ocidentais, aos seus textos constitucionais e à respectiva interpretação”. Cfr. BRITO, Miguel Nogueira de, *As andanças de Cândido: Introdução ao pensamento político do século XX*. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 55 e segs.

¹³⁵ Cfr. RAWLS, John, *Political Liberalism: Expanded Edition*. Columbia University Press, 2005.

¹³⁶ Cfr. RAWLS, John, *O liberalismo político*. Trad.: Álvaro de Vita, 1ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 11. “Ele agora admite explicitamente defender uma teoria liberal da justiça, estabelecendo como premissa a aceitação básica das instituições das democracias ocidentais e baseado em uma “concepção-modelo de uma pessoa moral”, que ele entende pertencer àquela tradição.[...] Em outras palavras, ele não nega que os seres humanos cheguem à arena política com concepções do bem desenvolvidas através de suas várias experiências de vida comunitária. Entretanto, defende que eles são capazes de abstrair suas concepções divergentes para chegar a um “consenso justaposto” sobre a estrutura básica de uma sociedade democrática. Este consenso fundamenta-se em certas normas morais que todos os membros da democracia devem tolerar para que os procedimentos tenham algum significado para eles.” Cfr. BELLAMY, Richard, *Liberalismo e Sociedade Moderna*. Trad.: Magda Lopes. São Paulo: Editora Unesp, 1994, p. 413.

social entre cidadãos livre e iguais?”¹³⁷ e, em uma sociedade profundamente dividida por doutrinas religiosas, filosóficas e morais perfeitamente razoáveis, fruto de um resultado do exercício das faculdades da razão humana em instituições básicas livres e duradouras, como alcançar fundamentos de tolerância para discutir questões de relevância pública? Essas duas questões, transformam-se em apenas uma, sendo que da sua resposta se extrai o propósito final do liberalismo político rawlsiano, ou seja, “como é possível existir, ao longo do tempo, uma sociedade justa e estável de cidadãos livres e iguais que se mantêm profundamente divididos por doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis?”¹³⁸

A sugestão de resposta para o primeiro questionamento é exactamente o que Rawls destacou em uma *Teoria*, onde a melhor concepção de justiça (que agora ele chama de concepção política de justiça), para regular uma sociedade livre e igual, é a justiça como equidade, elaborada sob as condições de uma posição original de igualdade.¹³⁹

Claro está que, diferentemente do seu pensamento inicial, a justiça como equidade¹⁴⁰ passa a ser apenas uma concepção, entre outras que podem ser adotadas, desde que conquiste o apoio das doutrinas abrangentes e razoáveis. É evidente que para Rawls a justiça como equidade é a mais qualificada para alcançar esse apoio.

Na posse dessa concepção de justiça (que agora é, e somente é, política), Rawls responde a segunda questão e afirma que em geral é desejável renunciar às visões filosóficas e morais abrangentes, que habitualmente se utilizam, para debater questões sobre políticas fundamentais na vida pública. A intenção não é substituir essas visões, nem lhes dar um fundamento verdadeiro. Tal intenção seria, com efeito, ilusória e não é disso que se ocupa o liberalismo político, muito pelo contrário, e daqui vem à resposta para o questionamento uno.

¹³⁷ Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 56.

¹³⁸ Cfr. RAWLS, John, *O liberalismo político*. Trad.: Álvaro de Vita, 1ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 56.

¹³⁹ A Primeira parte da Teoria (concepção política, posição original e véu de ignorância), coincide com a primeira do Liberalismo político. “Essa primeira parte estava destinada a defender uma concepção justa, entendida essa com uma concepção razoável e capaz de concordar com nossas convicções de justiça.” Na última parte de ambos os trabalhos, em contrapartida, “Rawls tenta mostrar a concepção defendida como estável, ou seja, como uma concepção que é racional, e que os cidadãos estarão motivados a defender porque ela está associada às suas próprias concepções sobre o que é bom alcançar. E é aqui, então, que se registram as principais mudanças entre Uma teoria da Justiça e o Liberalismo Político. GARGARELLA, Roberto, *As teorias da Justiça depois de Rawls: Um breve manual de filosofia política*. Trad.: Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 225.

¹⁴⁰ “Embora eu a veja como a mais razoável (a justiça como equidade), não posso negar que outras concepções também satisfazem a definição de uma concepção liberal.” Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. XVI, XXXII e XXXIII.

Importante esclarecer, e aqui tomamos as lições de Bellamy, que “o objetivo da justiça como equidade, insiste Rawls, é prático e não se apresenta mais como uma concepção supostamente verdadeira da justiça, mas como uma concepção que pode servir de base ao acordo político informado e desejoso e, desse modo, ajudar a assegurar a estabilidade de uma geração para outra.” BELLAMY, Richard, ob. cit., p. 414-415.

O cidadão não pode se sentir infiel aos seus princípios morais, éticos e religiosos e a ser assim, o liberalismo político rawlsiano espera formular uma base de justificação pública (razão pública), de forma clara o bastante, para articulá-la com uma concepção política de justiça condizente com as convicções mais profundamente arraigadas desses cidadãos.¹⁴¹

Na verdade, todas essas considerações vão ajudar na sustentação da base da justificação pública, perante os cidadãos, no que se refere as questões de políticas e direitos fundamentais, revelando o seu teor, a sua aceitabilidade e a distinção do ponto de vista público dos muitos pontos de vista não-públicos, ou seja, o liberalismo político, de forma imparcial em relação as demais doutrinas, deverá estabelecer a distinção entre a razão pública e as muitas razões não-públicas, explicando o porque aquela assume uma forma diferenciada em relação a esta.¹⁴²

Em suma e corroborando com tudo o que já foi dito até aqui, por conta do pluralismo razoável enraizado na cultura democrática, o objetivo do liberalismo político consiste em revelar as condições de possibilidade de uma base pública razoável de justificação no que diz respeito a questões de políticas fundamentais. “O liberalismo político deve formular o conteúdo dessa base e mostrar porque resulta aceitável.”¹⁴³

Portanto, o que se torna essencial a partir daqui são duas ideias que não se encontram explícitas em uma *Teoria*, a saber: as ideias de consenso sobreposto razoável e de razão pública.

Mas antes de adentrar nesses pontos, destaquemos ainda alguns pensamentos prévios que são inerentes a ideia de razão pública.

2.2.1. A ideia de verdade, razoável e racional.

Ao escolher uma concepção política de justiça, que de forma espontânea conquiste o apoio dos cidadãos livres e iguais, e que sirva como base de justificação pública para questões de políticas constitucionais fundamentais, Rawls continua sustentando a ideia da posição original, com poucas, mas sérias modificações em relação ao pensamento anterior.

A partir do liberalismo político, a posição original vai proporcionar ao cidadão, além dos bens primários e dos resultados operantes do “*véu de ignorância*”, um conhecimento

¹⁴¹Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 12.

¹⁴² Cfr. RAWLS, John, *O liberalismo político*. Trad.: Álvaro de Vita, 1ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. XLII.

¹⁴³Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 69.

abrangente da cultura de fundo da sociedade, mas, por óbvio, sem posicionar qualquer contratante a uma dessas abrangências. Assim, a posição original continua sujeitando as partes, de modo apropriado, às condições limitadoras, que, segundo Rawls, isso se apresenta como “boas razões”¹⁴⁴ para construção de uma base pública de justificação.

Ora, essa condição limitadora aceitável às razões, de que as partes podem se valer, “expressa uma característica básica tanto do construtivismo moral de Kant como do construtivismo político, a saber, a distinção entre o razoável e o racional, em que o razoável tem primazia sobre o racional.”¹⁴⁵

Para Rawls, é pelo razoável que se concebe a ideia de uma sociedade guiada por um sistema de cooperação equitativa, onde a reciprocidade entre seus cidadãos é um pensamento recorrente, de uma forma que cada pessoa se beneficie juntamente com os demais. Portanto, em suma, “pessoas razoáveis levam em conta as consequências de suas ações para o bem-estar de outros”.¹⁴⁶

Diferentemente, o racional se aplica a um agente único, que não sabe que fins procurará realizar, pois procurará fazê-lo, e somente assim, de forma inteligente e que alcance o seu interesse próprio ou de um outro em específico. A ser assim, “os agentes racionais não têm é a forma específica de sensibilidade moral que está por trás do desejo de se engajar na cooperação equitativa como tal.”¹⁴⁷

Outra diferença essencial entre o razoável e o racional é que aquele é público e este não o é, ou seja, é pelo razoável que se tem acesso ao mundo público de outros, onde é possível propor ou aceitar termos equitativos de cooperação com eles. Estes termos, formulados como princípios, especificam as razões que devem ser compartilhadas e reconhecidas publicamente uns perante os outros como a base de suas relações sociais.¹⁴⁸

Apesar de suas diferenças conceituais e aplicativas, Rawls entende que, mesmo um prevalecendo sobre o outro, para a construção de uma base pública de justificação, o razoável e o racional devem ser noções complementares, pois se os agentes fossem somente razoáveis não teriam fins próprios que desejassem realizar por meio da cooperação equitativa e se

¹⁴⁴Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 29.

¹⁴⁵Segundo Rawls, é da propriedade do razoável sobre o racional que se segue a prioridade do justo. Cfr. RAWLS, John, *O liberalismo político*. Trad.: Álvaro de Vita, 1ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 29-30.

¹⁴⁶Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 58-59.

¹⁴⁷Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 58-60.

¹⁴⁸Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 63.

fossem somente racionais, lhes faltaria um senso de justiça que não lhes fariam reconhecer a validade independente das demandas dos outros.¹⁴⁹

Posto assim, conclui-se que todos têm seus próprios fins racionais, que esperam realizar e “todos estão dispostos a propor termos equitativos que possam razoavelmente esperar que outros aceitem, de modo que todos possam se beneficiar e ganhar em relação àquilo que cada um poderia fazer por conta própria”.¹⁵⁰

Uma vez aceito o pluralismo razoável como uma condição permanente de uma cultura pública democrática, a ideia do razoável, para um regime constitucional, passa a ser a mais apropriada como parte da base de justificação pública (razão pública) do que a ideia de verdade moral. “Sustentar uma concepção política como verdadeira e somente por essa razão considerá-la a única base apropriada da razão pública é ponto de vista excludente, e até mesmo sectário, que muito provavelmente fomentará a divisão política”.¹⁵¹

Portanto, a concepção política, em si mesma, prescinde do conceito de verdade e uma dessas razões é porque o razoável torna possível um consenso sobreposto de doutrinas razoáveis, como veremos a seguir. “Seja como for, cabe a cada doutrina abrangente expressar como sua ideia do razoável se articula com seu conceito de verdade, caso possua tal conceito”.¹⁵²

2.2.2. Doutrinas abrangentes e razoáveis.

No tocante a esse tema, quando o liberalismo político traça a noção de doutrinas abrangentes ele entende, em termos gerais, que estas referem-se a todos os tipos de concepções religiosas, filosóficas e morais que fazem parte da “*cultura de fundo*” da sociedade civil, ou seja, é a cultura do social, não necessariamente do político, pois é a cultura da vida quotidiana em suas diversas expressões, tais como: as igrejas e universidades, sociedades de eruditos e cientistas, entre outras.¹⁵³

¹⁴⁹ Apesar de anotar uma posição diferente de Rawls em relação a prioridade do razoável sobre o racional, Sartori, em termos conceituais, parece estar em comunhão com Rawls, ou seja, “a racionalidade caracteriza o pensamento, a razoabilidade o viver, melhor dito, o conviver. Digamos o seguinte: a racionalidade habita o reino da *razão pura*; a razoabilidade, o reino da *razão aplicada* (não falo em “razão prática” para não causar confusão com a expressão kantiana)”, mas ainda sim, na opinião de Sartori, as duas posições têm um pouco de certo e um pouco de errado e não se apresentam como aspectos de superioridade. Cfr. SARTORI, Giovanni, *A política*. Trad.: Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981, p. 110.

¹⁵⁰ Cfr. RAWLS, John, *O liberalismo político*. Trad.: Álvaro de Vita, 1ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 64.

¹⁵¹ Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 154.

¹⁵² Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 111-112.

¹⁵³ Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 16.

Sabe-se, no entanto, que Rawls aponta dois tipos de doutrinas abrangentes, ou seja, instituições livres não tendem a gerar apenas uma grande variedade de doutrinas mundividenciais, muito pelo contrário, pois entre as visões que se desenvolvem, existem algumas diversidades de doutrinas que além de abrangentes são razoáveis ou irrazoáveis.

Nota-se que essas espécies de doutrinas abrangentes e razoáveis “não são apenas o resultado de interesses pessoais e de classe, ou da tendência compreensível das pessoas de verem o mundo político segundo um ponto de vista limitado”, em vez disso, são, em parte, “o produto da razão prática livre, no contexto de instituições livres”,¹⁵⁴ cabendo, assim, ao liberalismo político a incumbência de não marginalizar essas doutrinas razoáveis quando na construção de um concepção política ideal.¹⁵⁵

Por conta da sua razoabilidade é possível encontrar em muitas dessas doutrinas abrangentes, princípios e critérios que com certeza fariam parte de uma concepção política de justiça. Acontece, claro está, que não existe uma mesma doutrina religiosa, filosófica ou moral razoável professada por todos os cidadãos e isto pode acarretar graves problemas de instabilidade social.

Fica claro, então, o porque da tentativa de estabelecer uma base de justificação pública independente dessas doutrinas razoáveis¹⁵⁶, mas que ao mesmo tempo alcance o consenso de todas elas, ou pelo menos da sua maioria, pois como existem muitas doutrinas razoáveis, a ideia do racional não exige das pessoas, que utilizem uma doutrina específica para justificar fundamentos da coisa pública, ainda que se possa professá-la na vida particular. A ideia então é construir um conteúdo de concepção política de justiça.

2.2.3. A ideia de uma concepção política de justiça.

Considera-se a premissa de que uma sociedade constitucionalmente democrática, segundo Rawls, reúne convicções profundamente arraigadas, tais como a noção de tolerância religiosa e a de repúdio a escravidão. Essas convicções são pontos de referência provisórios,

¹⁵⁴Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 43.

¹⁵⁵O liberalismo político considera razoáveis muitas doutrinas conhecidas e tradicionais, sejam religiosas, filosóficas ou morais, ainda que não se possa considerá-las seriamente para nós mesmos, “por julgarmos que conferem peso excessivo a alguns valores e não reconhecem a importância de outros.” Cfr. RAWLS, John, *O liberalismo político*. Trad.: Álvaro de Vita, 1ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 71.

¹⁵⁶ Na construção da concepção política de justiça, por óbvio, se ver com bons olhos as doutrinas razoáveis, mas para evitar incorrer no risco de criar uma definição arbitrária e exclusivista, evita-se excluir doutrinas não razoáveis, a não ser que seja extremamente necessário, ou seja, correntes de pensamentos que são contrárias a dignidade da pessoa humana, a própria vida e as liberdades fundamentais. Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 71.

que, ao que parece, toda concepção razoável deve levar em conta, especialmente os princípios básicos nelas implícitos.¹⁵⁷

O ponto de partida é, então, a própria noção da cultura pública como fundo comum de ideias e princípios básicos implicitamente reconhecidos. A ser assim, Rawls sugere que essas ideias e princípios, condizentes com as convicções mais profundamente arraigadas, se articulem em uma concepção política de justiça, que assim formulada, mostrar-se-á consistente com os juízos ponderados dos cidadãos razoáveis, em todos os níveis de generalidade e plenamente aceitável pelo senso comum.¹⁵⁸

A construção de uma concepção política de justiça, pouco se difere da concepção de justiça proposta em uma *Teoria*,¹⁵⁹ ou seja, ela deve ser avaliada sob os termos do equilíbrio reflexivo, onde, depois de cuidadosa ponderação, em todos os níveis de abrangência, e depois de feitos os ajustes e revisões que se mostrarem necessários, se articula com as convicções acerca da justiça política.¹⁶⁰

A justiça como equidade, como se sabe, procura realizar esse desiderato valendo-se de uma ideia organizadora fundamental (posição original) no interior da qual todas as ideias e princípios possam ser sistematicamente conectados e relacionados.¹⁶¹

¹⁵⁷ Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 9.

¹⁵⁸ Rawls considera essas ideias fundamentais, percebidas como implícitas na cultura pública política de uma sociedade democrática, o conteúdo da concepção política de justiça. Cfr. RAWLS, John, *O liberalismo político*. Trad.: Álvaro de Vita, 1ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 9 e 16.

¹⁵⁹ Em o liberalismo político, essa concepção passou a ser, além de justiça, política, pois, por conta de críticas coerentes ao primeiro princípio de justiça, feitas por Hart, Rawls, ao evitar ambiguidades e problemas com a lista de prioridades do princípio da liberdade, decidiu garantir às liberdades políticas, e somente a elas, um valor equitativo. Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 6, 343-349 e 392-429.

Considera-se, ainda, que a concepção de justiça, em uma *Teoria*, assumia um papel onde todos os membros de uma sociedade bem-ordenada aceitavam a mesma concepção e, segundo parece, “a mesma doutrina abrangente, como se aquela concepção fosse, necessariamente, uma parte ou uma derivação dessa doutrina: a teoria da justiça, assim apresentada, pressupunha um ideal iluminista segundo o qual se podia esperar a descoberta de uma doutrina filosófica que fosse capaz de nos revelar quais condutas são corretas e quais não, e que fosse, ao mesmo tempo, capaz de ser reconhecida por qualquer pessoa que a raciocinasse de modo adequado.” Cfr. GARGARELLA, Roberto, *As teorias da Justiça depois de Rawls: Um breve manual de filosofia política*. Trad.: Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 226-227. Rawls observando a impossibilidade de alcançar esse objetivo, modifica então a formação e o alcance da concepção de justiça, considerando-a, agora, uma concepção que surge das diversas doutrinas abrangentes e que se limita a discutir questões, e somente elas, políticas.

¹⁶⁰ “Uma concepção de justiça que satisfaça esse critério é, tanto quanto podemos atestar agora, a mais razoável para nós.” Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 33.

¹⁶¹ Em termos gerais, Rawls caracteriza os valores da concepção política de justiça como liberais e isso quer dizer que essa concepção especifica certos direitos, liberdades e oportunidades básicas (previstos nos regimes constitucionais democráticos), atribuindo-lhes uma prioridade especial (sobretudo no que respeita a pretensão do bem geral), e estabelece medidas para assegurar aos cidadãos os meios adequados para tornar efectivo o uso das suas liberdades e oportunidades básicas. Nessa exposição, claro está, que os princípios de justiça inserem-se nesta descrição geral. Contudo, a concepção política de justiça almejada, não deve incluir no seu conteúdo somente os dois princípios de justiça, mas também as directrizes de indagação que especifiquem formas de argumentação e critérios para os tipos de informação pertinentes às questões políticas. Sem essas directrizes, os

Essa construção fica inteligível quando se utiliza a seguinte expressão: a concepção política é um “módulo”, logo, uma parte constitutiva essencial que se encaixa em várias doutrinas abrangentes razoáveis que mantêm-se na sociedade por ela regulada, podendo conquistar o seu apoio. “Isso significa que pode ser apresentada sem que se afirme, saiba ou se arrisque uma conjectura a respeito das doutrinas a que possa pertencer ou de qual delas poderá conquistar apoio”.¹⁶²

A concepção política de justiça quer dizer, ainda, outras três coisas, ou seja, é preparada para se aplicar exclusivamente à estrutura básica da sociedade, às suas principais instituições políticas, sociais e económicas e, por isso, não tem pretensão de resolver todos os conflitos, mas somente algumas questões ligadas, principalmente, aos direitos e garantias fundamentais de uma constituição democrática. “Assim ela é uma guia que serve de orientação, deliberação, reflexão para um acordo político sobre elementos constitucionais essenciais e questões básicas da sociedade”.¹⁶³

A ser assim, “a concepção política mais razoável para um regime democrático deverá ser, em termos amplos, liberal”¹⁶⁴ e isso significa dizer que seu maior objectivo é proteger os direitos fundamentais e lhes atribuir uma prioridade especial. “Diante do facto do pluralismo razoável, uma visão liberal remove da agenda política questões que geram as discordâncias mais intratáveis, pois conflitos graves com respeito a isso solapam as bases da cooperação social”.¹⁶⁵

Em segundo lugar, ela é apresentada independente de qualquer doutrina abrangente, religiosa, filosófica ou moral mais ampla e assim não se prende a nenhum compromisso mais amplo com qualquer outro posicionamento generalista.¹⁶⁶ Por isso, essa concepção política deve ser, por assim dizer, política, e não metafísica.

Por fim, uma concepção de justiça inclui, além dos preceitos conceituais de algo, os princípios e critérios para decidir as suas diferenças e em que situações é apropriada a sua aplicação.¹⁶⁷

princípios não podem ser aplicados e por isso a concepção política tornar-se-á incompleta e fragmentária. Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 263 e segs

¹⁶²Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 14 e 15.

¹⁶³ Cfr. RAWLS, John, *O liberalismo político*. Trad.: Álvaro de Vita, 1ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 13.

¹⁶⁴Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 185.

¹⁶⁵Essa perspectiva liberal inclui, também, medidas para garantir que todos os cidadãos tenham meios materiais suficientes para fazer uso efetivo desses direitos fundamentais. Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 185.

¹⁶⁶ Rawls a caracteriza como uma concepção que se sustenta por si própria, cuja formulação não deriva, nem é parte, de nenhuma doutrina abrangente. “Para ser uma concepção de justiça tem de conter seu próprio ideal normativo e moral intrínseco.” Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. XLVI-XLVII e 14.

¹⁶⁷Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 16.

A esta altura, em que já foram lançadas as noções gerais da concepção política de justiça rawlsiana, é possível apresentar dois factos marcantes que completam essa ideia. Dar-se a eles um tratamento de destaque, pois entende-se que esses dois argumentos denotarão o ponto crucial deste trabalho.

O primeiro facto surge quando Rawls assevera que os elementos constitucionais essenciais e os direitos políticos básicos devem, conforme requer o princípio da legitimidade política, apresentar-se justificados perante todos os cidadãos. Isso significa, portanto, que ao discutir tais assuntos não será possível recorrer às doutrinas religiosas ou filosóficas abrangentes para justificá-los – “não podemos invocar aquilo que nós, enquanto indivíduos ou membros de associações, encaramos como a verdade total.”¹⁶⁸

Como regra, a fundamentação dessas justificativas deve assentar em verdades claras, acessíveis e amplamente aceitas pelos cidadãos em geral. Caso contrário, conforme visto, a concepção política não oferecerá uma base pública de justificação.¹⁶⁹

Os valores específicos de uma concepção política de justiça, por exemplo, os princípios de justiça como equidade, se adotado, devem ser adequadamente equilibrados, combinados ou unidos de alguma forma, conforme o caso, de modo que somente esses princípios deem uma resposta pública razoável a todas ou quase todas as questões que envolvem os elementos constitucionais essenciais e as questões de direitos básicos de justiça, pois se quiser dispor de uma noção de razão pública, precisa-se de uma resposta razoável. “Diremos que uma concepção política está completa se ela satisfizer essa condição.”¹⁷⁰

Em termos práticos, a base mais razoável, que poderia ser utilizada efetivamente, é aquela em relação “à qual todos os cidadãos admitem que se trata de uma base que engloba uma concepção política reguladora razoável, concepção que alguns consideram a mais razoável.”¹⁷¹ Isso é suficiente para que a sociedade política seja estável pelas razões certas, pois a concepção política pode agora ser respeitada por todos os cidadãos porque apresenta-se razoável.

Contudo, e aqui se encontra o segundo facto, o problema é como articular uma concepção política de justiça para um regime constitucional de tal maneira que aqueles que a apoiam, ou possam vir a apoiá-la, possam subscrevê-la sem se sentirem infiéis as suas visões abrangentes e razoáveis?

¹⁶⁸ Cfr. RAWLS, John, *O liberalismo político*. Trad.: Álvaro de Vita, 1ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 265.

¹⁶⁹ Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 265.

¹⁷⁰ Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 266.

¹⁷¹ Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. LIV.

Ora, não se pode deixar de lado o argumento de que uma concepção política de justiça pode ser falha porque não consegue conquistar o apoio de cidadãos que professam doutrinas abrangentes razoáveis, ou, como Rawls disse muitas vezes, porque não consegue conquistar o apoio de um consenso sobreposto razoável. O que é indispensável para uma concepção política de justiça.¹⁷²

Portanto, junto com o primeiro facto geral, isso significa que, para servir de base pública de justificação completa de um regime constitucional, uma concepção política de justiça deve ser capaz de conquistar o apoio de um consenso sobreposto de doutrinas abrangentes e razoáveis muito diferentes e opostas, nos termos que veremos a seguir, mas antes busquemos a justificação filosófica da doutrina de Rawls.

2.2.4. A razão prática do construtivismo político e a neutralidade em relação a uma autoridade moral.

As ideias até aqui postas reflectem, essencialmente, o esquema que Rawls denominou de Construtivismo Político, que nada mais é, ao que nos parece, a técnica de justificativa filosófica e/ou epistemológica dos fundamentos do seu liberalismo político.

Assim, Rawls adota uma espécie de construtivismo que não será inteiramente kantiano¹⁷³ e muito menos intuicionista racional¹⁷⁴, mas sim, e somente, neutro e objetivo, ou seja, razoável e racional.

A melhor forma de enxergar o construtivismo político rawlsiano é considerar o facto do pluralismo razoável e a necessidade que existe, de uma sociedade democrática de direito, em buscar uma concepção política de justiça que, além de poder justificar publicamente, de forma aceitável e imparcial, decisões de cunho constitucional e de direitos políticos básicos, venha alcançar o consenso das demais doutrinas abrangentes frutos desse pluralismo.

¹⁷² Cfr. RAWLS, John, *O liberalismo político*. Trad.: Álvaro de Vita, 1ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 33.

¹⁷³ Inicialmente, difere-se do construtivismo kantiano porque este é considerado como uma doutrina abrangente, ou seja, apresenta uma concepção moral que atenderá tanto questões morais da vida privada como política pública. Há também diferenças em relação a formatação da razão prática e a imposição, por Kant, em considerar o seu idealismo transcendental. Cfr. KANT, Immanuel, *Crítica da Razão Prática*. Trad.: Valério Rohden. 1ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 15-92.

¹⁷⁴ “Segundo todas as teorias intuicionistas, o negócio do discurso prático seria conduzido pelo apelo às verdades evidentes de um tipo ou de outro. Dentro do âmbito coberto por essas verdades evidentes, não há espaço para argumentos.” Cfr. ALEXANDER, Robert, *Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad.: Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 48-49. Interessante verificar a distinção que Rawls faz do seu construtivismo em relação ao intuicionismo. Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 108-114.

A ser assim, fica evidente que o que Rawls tenta construir é um conteúdo apropriado para a concepção política de justiça, mas para tanto, ele sugere, como em uma *Teoria*, que as partes se encontrem em uma posição original de igualdade, onde estão capacitadas por um senso de justiça e uma concepção de bem¹⁷⁵, no entanto, jungidas por restrições razoáveis para determinar os princípios de justiça básicos de forma equitativa.

Esse procedimento de construção é submetido, ainda, a uma ideia de razão prática, que, composta pelos princípios do razoável e do racional, se apresenta pelo pensamento e pelo julgamento de pessoas que aplicarão, por serem razoáveis e racionais, esses mesmos princípios em suas práticas sociais e políticas, ou seja, esses princípios da razão prática não podem ser aplicados por si mesmos, mas só podem ser empregados pelas próprias pessoas quando da formação de suas intenções e ações, planos e decisões e em suas relações com outras pessoas.¹⁷⁶

Neste ponto, parece que o construtivismo de Rawls encontra guarida nas ideias de Kant, pois os princípios da razão prática não se originam em qualquer outro lugar que não seja a própria consciência moral do cidadão.

Agora o facto de serem razoáveis e racionais, lhes garante a capacidade de entender, aplicar e agir de acordo com o conteúdo da concepção política, bem como de compreender a ideia fundamental de sociedade democrática, cujos membros não se envolvem em atividades simplesmente porque foram originadas dos comandos de uma autoridade central, mas antes guiadas por normas e procedimentos publicamente reconhecidos, “que aqueles que cooperam aceitam e consideram como normas que regulam de modo apropriado sua conduta”.¹⁷⁷

No entanto, e vale ressaltar novamente, que é somente pelo razoável, e não pelo racional, que o cidadão entra no mundo público de forma imparcial e se dispõe a propor ou aceitar, conforme o caso, princípios razoáveis que especifiquem termos equitativos escolhidos por ele em uma posição original especial ou, se não, seriam os que ele escolheria nessa posição, e, como tais, podem ser empregados para fundamentar os seus juízos como razoáveis, ao ponto de fornecer uma concepção política de justiça para julgar suas instituições

¹⁷⁵ Segundo Rawls, o senso de justiça possibilita entender, aplicar e agir de acordo com os princípios razoáveis de justiça que especificam termos equitativos de cooperação social. Já a capacidade de ter uma concepção de bem é para garantir-lhes a validade de se empenhar, devotamente, nessa forma de construção. Cfr. RAWLS, John, *O liberalismo político*. Trad.: Álvaro de Vita, 1ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 123.

¹⁷⁶ Posto assim, é possível enxergar concepções de pessoa e de sociedade, o que, junto com o papel público dos princípios de justiça, formam a ideia da razão prática, ou seja, sem as concepções de sociedade e de pessoa e os princípios de justiça, a razão prática não teria sentido, uso ou aplicação. Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 127-130.

¹⁷⁷ Esta ideia de sociedade pertence à razão prática e envolve a ideia de conduta apropriada, correta ou adequada. Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 129.

básicas e especificar os valores políticos de acordo com os quais essas instituições podem ser avaliadas.

Ora, claro está, que, como Kant¹⁷⁸, Rawls estabelece uma espécie de concepção política de justiça com elementos de objetividade, ou seja, ele fornece uma estrutura pública de pensamento onde é possível dizer que há razões suficientes para convencer todas as pessoas razoáveis de que essa (a concepção política) é uma convicção razoável e desse modo, essas razões que lhes são imputadas, podem ir além das razões que essas pessoas tenham, ou acreditem ter, de seu próprio ponto de vista.¹⁷⁹

Ressalta-se, ainda, por estar diretamente inserida dentro da concepção política de Rawls, a premissa de que uma concepção de objetividade deve distinguir o ponto de vista objetivo, daquele de “qualquer agente específico, individual ou corporativo, ou daquele de qualquer grupo específico de agentes, em qualquer momento dado”, pois “é parte essencial do conceito de objetividade nunca supor que o simples facto de nós ou algum grupo considerarmos algo justo ou razoável seja suficiente para torná-lo justo ou razoável.”¹⁸⁰

É impossível, portanto, segundo Rawls, que os cidadãos razoáveis possam estar “de acordo com alguma autoridade moral, quer se trate de um texto sagrado,” quer de uma instituição política que esteja revestida por alguma ideia de moralidade, divergente de suas convicções de verdade. Tão pouco se colocam de acordo com valores morais ou acerca dos dogmas daquilo que alguns entendem como lei natural.¹⁸¹

Situações assim sugerem sempre posições de verdade, o que dificultaria imenso a realização de um consenso das doutrinas razoáveis. Em contrapartida, oferece-se, então, um construtivismo político, que, regido pela razão prática, não empregará, como faz o intuicionismo racional¹⁸² ou qualquer outra doutrina abrangente, o conceito de verdade, “não o coloca em questão nem tem como sustentar que o conceito de verdade e sua ideia do

¹⁷⁸ “Princípios práticos são proposições que encerram uma determinação geral da vontade de que dependem várias regras práticas. Eles são subjetivos, ou seja, *máximas*, quando a condição é considerada pelo sujeito como válida somente para a sua vontade; mas são objetivos ou *leis* práticas quando essa condição é reconhecida como objetiva, ou seja, válida para a vontade de todo ser razoável. Cfr. KANT, Immanuel, *Crítica da Razão Prática*. Trad.: Valério Rohden. 1ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 31. Sobre o assunto vale conferir os comentários de Perelman quando afirma que “A racionalidade de uma lei prática já não concerne, desta vez, a uma relação de necessidade ou de verdade, mas ao facto de ela estabelecer um princípio objectivo, ou seja, válido para a vontade de todo ser razoável.” Cfr. PERELMAN, Chaïm, *Ética e direito*. Trad.: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 342.

¹⁷⁹ Cfr. RAWLS, John, *O liberalismo político*. Trad.: Álvaro de Vita, 1ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2011, p.131-142.

¹⁸⁰ Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p.132.

¹⁸¹ Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 115.

¹⁸² O intuicionismo racional concebe a verdade de maneira tradicional, ao considerar os julgamentos morais verdadeiros, quando, a uma só vez, têm por objeto e exprimem de forma acurada a ordem independente de valores morais. Do contrário são falsos. Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 110.

razoável são a mesma coisa”. A concepção política, em si mesma, rejeita o conceito de verdade, conforme visto.

Na posse desses entendimentos, conclui-se, por fim, que desde o início, o construtivismo político não propõe uma interpretação dos valores morais em geral, mas se limita aos valores políticos que caracterizaram o âmbito do político. E, segundo Rawls, somente subscrevendo uma concepção construtivista política, e não metafísica, é “que os cidadãos podem ter a expectativa de descobrir princípios que todos possam aceitar. Isso é algo que podem fazer sem negar os aspectos mais profundos de suas doutrinas abrangentes razoáveis.”¹⁸³

Ora, como se sabe, “quando os cidadãos compartilham uma concepção política e razoável de justiça, compartilham também uma base comum mediante a qual a discussão pública de questões fundamentais pode se processar.”¹⁸⁴

O objectivo final, então, do construtivismo rawlsiano, é apontar uma base de justificação pública que será apoiada por uma concepção política de justiça constituída por esse construtivismo. Com isso, o liberalismo político passa a dispor de uma interpretação de objectividade, ou seja, não será necessário que ele vá além de sua concepção de juízo razoável, deixando esse dever de julgamento moral verdadeiro para doutrinas abrangentes no campo do privado.

Agora, mesmo que seja proporcionada uma base pública e suficiente de justificação, para questões exclusivamente políticas, por óbvio, o cidadão não pode supor, na condição de indivíduo ou membro de associações religiosas ou de outra natureza, que essa base lhes ofereça toda a explicação sobre a verdade de seus princípios e de seus juízos morais.¹⁸⁵ O construtivismo não adentra nesse mérito, aliás, nem é esse seu propósito, mas sim, e apenas, construir uma base pública fundamentada nos princípios da razão prática, conjugados com a ideia de pessoas livres e iguais e de sociedade como um sistema equitativo de cooperação permanente.¹⁸⁶

Portanto, enxergar uma concepção política de justiça assim, ou seja, pela óptica do construtivismo de Rawls, é passar a possuir uma visão autónoma de concepção política, apropriada para um regime constitucional caracterizado pelo pluralismo razoável, onde os

¹⁸³ Cfr. RAWLS, John, *O liberalismo político*. Trad.: Álvaro de Vita, 1ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 116.

¹⁸⁴ Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 136.

¹⁸⁵ O agente moral, nesse caso, é o cidadão livre e igual na condição de membro da sociedade, não o agente moral de modo geral. Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 129.

¹⁸⁶ Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 150 e 151.

valores políticos não são vistos simplesmente como exigências morais impostas a partir de fora e tão pouco são exigidos por outros cidadãos cujas verdades de suas doutrinas não são aceitas por todos ou por uma maioria.

2.2.5. O Consenso de sobreposição (“Overlapping Consensus”).

Conforme visto, o construtivismo rawlsiano procurou fornecer alguma base de sustentação conceitual para apresentar a teoria do liberalismo político como a ideal. Acontece, e Rawls estava atento a este detalhe, que algumas contraposições mais práticas ainda persistiam e que, se não bem contornadas, poderiam por em risco todo o seu trabalho, inclusive, e principalmente, a base da razão pública.

Essas objeções recaem principalmente na ideia de um consenso sobreposto que é, para o liberalismo político, como veremos, o núcleo central que legitima a conexão de uma concepção política de justiça, com a ideia de uma justificação pública.¹⁸⁷

A melhor forma, então, que Rawls encontrou para defender o consenso e, assim, apresentar uma ideia de razão pública válida, foi esclarecer que o consenso sobreposto, só porque consegue manter a unidade social e a estabilidade política, por intermédio do endosso coletivo de uma concepção política de justiça objetiva, neutra e razoável, em meio a uma sociedade democrática e pluralista, não é utópico e nem um mero *modus vivendi*, e que não considerar as verdades mais profundas de uma doutrina abrangente não significa dizer que o consenso sobreposto é, também, céptico ou indiferente.

Ao começar a rebater essas três objeções (ser utópico; ser um *modus vivendi* e ser indiferente ou céptico), Rawls lociona, preliminarmente, questões como a profundidade, a amplitude e a especificidade do consenso sobreposto.

Ora, para que um consenso de sobreposição seja considerado profundo é necessário que ele abranja ideias de sociedades com um sistema cooperativo equitativo, onde as pessoas são consideradas livres e iguais, razoáveis e racionais¹⁸⁸, ou seja, que seus princípios e ideias

¹⁸⁷ Interessante retomar a ideia da segunda questão fundamental, pois é aqui, no consenso de sobreposição, que ela encontrará sua resposta, ou seja: “Como cidadãos que permanecem profundamente divididos pelas doutrinas religiosas, filosóficas e morais que professam podem, a despeito disso, dar sustentação a uma sociedade democrática justa e estável?” Cfr. RAWLS, John, *O liberalismo político*. Trad.: Álvaro de Vita, 1ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 11.

¹⁸⁸ Cfr. GARGARELLA, Roberto, *As teorias da Justiça depois de Rawls: Um breve manual de filosofia política*. Trad.: Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 233

políticas tenham por base uma concepção política de justiça que utilize as ideias fundamentais de “sociedade e de pessoa, como a *justiça como equidade*, por exemplo, as emprega.”¹⁸⁹

Já a sua amplitude, não se detém a meros princípios políticos que determinam os procedimentos técnicos de uma democracia, mas abarcam a estrutura básica como um todo, por exemplo, a liberdade de pensamento, a liberdade de expressão, “assim como a igualdade equitativa de oportunidades e princípios que exigem a satisfação de certas necessidades básicas”¹⁹⁰ que se aplicam à estrutura como um todo.

Quanto a sua especificidade, parece claro que o objeto do consenso sobreposto é uma concepção específica de política e justiça, “da qual a justiça como equidade constitui um exemplo padrão.”¹⁹¹

A ser assim e a considerar, também, que os cidadãos de uma sociedade bem-ordenada possuem um senso de justiça que em geral é “suficiente para que eles cumpram as exigências de suas instituições justas”¹⁹² e que suas doutrinas abrangentes na maioria das vezes são razoáveis e nem sempre abrangentes¹⁹³, o que abre caminho para “o desenvolvimento de uma adesão independente à concepção política que ajuda a forjar um consenso”¹⁹⁴, que, por sua vez, leva os cidadãos a agirem conscienciosamente, conforme os parâmetros constitucionais, mas desde que tenham uma garantia razoável de que os demais agirão da mesma forma, gradativamente, em conformidade com a consolidação dessa cooperação política, o que, automaticamente, gerará confiança muito maior uns nos outros. E isto é tudo o que Rawls tem a dizer em resposta à objeção de que a ideia de um consenso sobreposto é utópica.

O consenso sobreposto não seria também um mero *modus vivendi*¹⁹⁵ e isso fica claro quando Rawls esclarece que o objeto do consenso, a concepção política de justiça, “é em si mesma uma concepção moral”¹⁹⁶, pois se afirma com base em razões morais, isto é, como visto na profundidade do consenso sobreposto, inclui concepções de sociedade e dos cidadãos como pessoas, “bem como princípios de justiça e uma interpretação das virtudes políticas

¹⁸⁹ Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 194.

¹⁹⁰ Cfr. RAWLS, John, *O liberalismo político*. Trad.: Álvaro de Vita, 1ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 194.

¹⁹¹ Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 194.

¹⁹² Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 166.

¹⁹³ Segundo Rawls, a história relata a existência de uma pluralidade de doutrinas abrangentes que não são desarrazoadas e isso torna um consenso sobreposto possível, “o que reduz o conflito entre os valores políticos e valores de outra índole. Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 165.

¹⁹⁴ Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 199.

¹⁹⁵ Sinteticamente, *modus vivendi* caracteriza-se, por exemplo, como um acordo de trégua entre dois entes que estão em conflito, pois o alcance dos objetivos de qualquer um deles dependerá, necessariamente e vinculativamente, do prejuízo do outro.

¹⁹⁶ Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 174.

segundo a qual esses princípios se cultivam no carácter humano e se expressam na vida pública”.¹⁹⁷

Ou seja, todos aqueles que subscrevem a concepção política “partem do interior de sua própria doutrina abrangente”¹⁹⁸ e se valem de suas razões religiosas, filosóficas ou morais que essa visão oferece. O facto de essas pessoas endossarem a mesma concepção política em “nada torna essa adesão menos religiosa, filosófica ou moral, conforme o caso, uma vez que são razões nas quais as pessoas acreditam de forma sincera e que determinam a natureza de sua adesão.”¹⁹⁹

Outro aspecto que se vincula ao consenso sobreposto, além de questões de razões morais, que o acaba diferenciando de um *modus vivendi*, é o facto da estabilidade, isto é, “aqueles que professam as diferentes doutrinas que dão sustentação à concepção política não lhes retirarão o apoio caso a força relativa de sua própria doutrina na sociedade venha a se alterar e por fim se tornar dominante.” Ora, cada doutrina concede apoio a concepção política por si mesma e segundo as suas próprias razões, se mostrando, portanto, estável mesmo no caso de “alterações na distribuição de poder entre as doutrinas.”²⁰⁰

Portanto, o consenso de sobreposição, tal como descrito, fornece um “equilíbrio de razões”²⁰¹ que não se consubstancia em um compromisso imposto pelas circunstâncias, como um *modus vivendi*, mas, muito pelo contrário, “se constitui a base do respeito dos cidadãos aos limites da razão pública.”²⁰²

Logo, os cidadãos que endossam a concepção política, pela via do consenso sobreposto, percebem que, quando estão em sede de deliberações públicas, seus julgamentos convergem em um grau que é suficiente para preservar a cooperação política com base no respeito mútuo. “Esses cidadãos consideram que a própria concepção política é normalmente suficiente e não terão a expectativa, nem acharão que necessitam de um entendimento político mais amplo que esse.”²⁰³

O que importa esclarecer aqui, também, e isto deve ficar claro, que o cidadão possui dois pontos de vistas, um abrangente e outro político, e que ao conectá-los de forma

¹⁹⁷Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 174.

¹⁹⁸Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 174.

¹⁹⁹ Cfr. RAWLS, John, *O liberalismo político*. Trad.: Álvaro de Vita, 1ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 174.

²⁰⁰ A questão da estabilidade talvez seja o facto crucial da diferença entre um *modus vivendi* e o consenso de sobreposição, tendo em vista que a estabilidade de um *modus vivendi* estará relacionada diretamente com as circunstâncias fortuitas e um equilíbrio de forças. Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 175.

²⁰¹Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 200.

²⁰²Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 200.

²⁰³Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 185.

apropriada, nos termos propostos pelo liberalismo político²⁰⁴, seja possível “embasar os elementos constitucionais essenciais e as instituições básicas de justiça unicamente nesses valores, entendendo-os como a base da razão e da justificação pública”²⁰⁵, sendo que a partir dessa afirmação se encontrará argumentos para refutar as objeções cépticas.

Ora, é de supor que o consenso de sobreposição não tenta afirmar nem negar qualquer doutrina abrangente em particular, mas compreende e aceita o facto de que cada cidadão professa alguma doutrina religiosa, filosófica ou moral abrangente e, por conta disso, espera criar a possibilidade de que todos possam aceitar uma concepção política como verdadeira e razoável do ponto de vista de sua própria doutrina abrangente, seja ela qual for.

Esclarecemos, então, que quando um consenso sobreposto oferece sustentação para uma concepção política, não se considera que essa concepção seja incongruente com valores de doutrinas abrangentes, aliás, muito pelo contrário, procura-se engendrar uma concepção política de justiça que, após cuidadosa reflexão, conforme sugere a justiça como equidade, se mostre compatível com a convicção ponderada dos cidadãos razoáveis. “Feito isso, os cidadãos podem, da perspectiva interna de suas doutrinas abrangentes, considerar a concepção política de justiça verdadeira ou razoável, conforme o permita a doutrina que cada um afirme.”²⁰⁶

Outro agravante que supostamente sugere um consenso de sobreposição indiferente é o facto de ele tentar deixar de lado questões religiosas, filosóficas ou morais fundamentais, só porque são “politicamente difíceis de resolver ou porque se mostram politicamente intratáveis”.²⁰⁷ Nota-se, todavia que, assim ensina Rawls, ao evitar recorrer as doutrinas abrangentes, procura-se “passar ao largo das controvérsias mais profundas da religião e da filosofia”, de modo que, assim, possa ser possível “descobrir uma base para um consenso sobreposto estável”.²⁰⁸

A ser assim, sugere Rawls, “se qualquer uma das doutrinas abrangentes razoáveis que fazem parte do consenso sobreposto for verdadeiro, então a própria concepção política

²⁰⁴E talvez esse seja o seu maior objetivo.

²⁰⁵Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 165.

²⁰⁶Sobre este pensamento, vale retomar o exemplo apresentado no item 2.2.3 em que Rawls descreveu a concepção política como um módulo “um elemento constituinte essencial que, de formas diversas, pode se encaixar em, e receber o apoio de, diferentes doutrinas abrangentes razoáveis” Cfr. RAWLS, John, *O liberalismo político*. Trad.: Álvaro de Vita, 1ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 178.

²⁰⁷Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 178

²⁰⁸Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 179 e 180.

também será ou estará próxima de ser, no sentido de que será endossada por uma doutrina verdadeira”.²⁰⁹

Portanto, segundo Rawls, se entendida dessa forma, uma concepção política de justiça, que alcance um consenso sobreposto das diversas doutrinas abrangentes e razoáveis, não necessitará ser, e nem é, céptica ou indiferente à verdade na filosofia, na religião e na moral.

Nesse sentido, como muito bem interpretou Gargarella, o consenso de sobreposição, aparece como a única forma de permitir que, em um contexto “pluralista”, cada indivíduo chegue a aderir à concepção pública de justiça, sendo que o consenso só poderá ser alcançado uma vez que a concepção pública seja de raiz objectiva, ou seja, desde que aparece como razoável, ou mesmo como verdadeira, aos olhos de todos.²¹⁰

Por fim, e agora nos sentido aptos à encerrar este capítulo e discorrer com maior serenidade a ideia de razão pública, ressaltamos, mais uma vez, que o consenso sobreposto legitima a forma de alcançar uma base de justificação pública, ou seja, no momento de justificar os atos políticos fundamentais, os cidadãos livres e iguais, considerados razoáveis e racionais, utilizarão aquilo que aceitaram e entenderam como uma concepção política de justiça sob termos de razão pública, pois essa concepção buscou e conseguiu um consenso das diversas doutrinas abrangentes razoáveis de que certos assuntos fundamentais só podem ser resolvidos por valores políticos específicos, traduzidos em uma concepção política de justiça.

Nessa perspectiva, a concepção de justiça (em uma *Teoria*) expressa melhor a concepção política vinda de cidadãos livres, iguais e autônomos, pois atende bem aos interesses dos indivíduos, e é reconhecida como a melhor concepção política, pois foi endossada, agora, por um consenso de sobreposição que considerou as doutrinas abrangentes dos cidadãos razoáveis.²¹¹

Portanto, o debate dos cidadãos no espaço público sobre os fundamentos constitucionais e as questões básicas de justiça agora é mais bem orientada por uma concepção política (razão pública) cujos princípios e valores todos os cidadãos possam endossar.

²⁰⁹Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 181.

²¹⁰Cfr. GARGARELLA, Roberto, *As teorias da Justiça depois de Rawls: Um breve manual de filosofia política*. Trad.: Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008., p. 231.

²¹¹Cfr. DIANA, Andrea Regina da Silva, *Uma defesa da razão pública no liberalismo político de John Rawls*, Brasília: Departamento de Filosofia da UnB, 2006, p. 30.

Nosso exercício do poder político é adequado apenas quando acreditamos, sinceramente, que as razões que ofereceríamos para nossas ações políticas – caso tivéssemos de formulá-las como autoridades públicas – são suficientes e pensamos razoavelmente que outros cidadãos também poderiam razoavelmente aceitar essas razões.

John Rawls

3. A ideia de razão pública no liberalismo político.

Todos os pontos estudados até aqui parecem coadunar com a ideia de razão pública, ou senão possuem o poder de constituir a própria ideia.

É bem verdade que entre uma Teoria da Justiça e o Liberalismo Político, Rawls segue caminhos antagônicos, mas a essência do pensamento era sempre a mesma, ou seja, construir uma base de justificação ou uma concepção de justiça que pudesse servir de alicerce para discutir questões de direitos públicos fundamentais.

O que difere é que em uma *Teoria*, a justiça como equidade é apresentada como a “única” teoria liberal, na qual todos os membros de uma sociedade bem-ordenada deveriam adotá-la. Contudo, esse tipo de sociedade contradiz o facto do pluralismo razoável e, em vista disso, o Liberalismo Político considera impossível essa sociedade e rotula a justiça como equidade como uma doutrina abrangente razoável, que poderá ser o conteúdo de uma concepção, agora política, de justiça, dentre tantas outras doutrinas razoáveis.

Portanto, apesar da assimetria, ambas apresentam, como dissemos anteriormente, uma ideia de razão pública, sendo que inicialmente (em *Uma Teoria*) ela tem como conteúdo uma doutrina liberal abrangente (justiça como equidade) não aberta ao consenso, enquanto no pensamento posterior (em *Liberalismo Político*) ela passa a ser fundamentada por uma concepção autónoma e objetiva que conquista o apoio das doutrinas abrangentes, mas nem por isso perde a sua essência inicial que é garantir os direitos, as liberdades e as oportunidades fundamentais dos cidadãos na estrutura básica da sociedade.

O que passa a ser perceptível, então, é que os cidadãos não podem chegar a um acordo ou mesmo aproximar-se da compreensão mútua com base em suas doutrinas abrangentes

irreconciliáveis. “Em vista disso, precisam considerar quais tipos de razões podem razoavelmente oferecer uns aos outros quando se trata de questões fundamentais”.²¹²

Ora, como pessoas razoáveis e racionais e sabedores de que professam uma diversidade de doutrinas religiosas e filosóficas, os cidadãos devem se dispor, segundo Rawls, a explicar as bases de suas ações uns aos outros em “termos que cada qual possa razoavelmente esperar que os demais julguem consistentes com sua liberdade e igualdade”. Agora, entender como se deve conduzir a si próprio como cidadão dessa estirpe, inclui entender um ideal de razão pública.²¹³

Parece, finalmente, que chegamos ao ponto mais aguardado dentro do pensamento de Rawls, ou seja, ter que articular, minuciosamente, a ideia de Razão Pública no seu liberalismo político, antes, contudo, queremos explanar, muito sucintamente, o pensamento de Kant sobre esse tema, pois, além de nos ser útil ao final do trabalho, ele (o pensamento) serviu de sugestão para que Rawls utilizasse essa nomenclatura, qual seja: Razão Pública.

3.1. Em Kant (breves linhas).

O que mais nos interessa aqui, e não iremos além, é como Kant enxergava o domínio de uma razão pública e a forma como ela lidava com o discurso do homem “*iluminado*” perante os demais.

Ora, Kant insistia na necessidade de termos um espaço público não só destinado a expor nossas ideias a outrem, para haver mais escrutínio público, mas também a fim de descobrir ideias de outras pessoas e de “pensar livremente por nós mesmos (uma maneira madura de pensar)”²¹⁴ sem prescrições da Igreja ou da tradição e sem a direção de outro indivíduo, sendo que o alcance desse desiderato somente seria possível quando da compreensão correta da ideia de razão pública.

A ser assim, a percepção que temos é que a ideia de razão pública em Kant está intimamente ligada com aquilo que conhecemos como “liberdade de expressão”²¹⁵ associada com o conceito de *sensus communis*.

²¹² RAWLS, John, *O Direito dos Povos: A ideia de razão pública revisitada*. Trad.: Luís Carlos Borges. 1ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 174.

²¹³ Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 356-257.

²¹⁴ Cfr. UCNİK, Lubica, *Kant: SensusCommunis and Public reasoning*. Trad.: Nuno Coimbra Mesquita. Piracicaba: Impulso, 2004, p. 106.

²¹⁵ Kant especifica, portanto, que a própria existência da razão encontra-se enraizada nessa liberdade de expressão, “pois a razão não possui autoridade ditatorial e seu pronunciamento não é mais do que o acordo entre

Ou seja, a razão “é necessariamente exercida num contexto social”²¹⁶ para que reproduza julgamentos bem-acabados sobre assuntos que dizem respeito a todos, mas para tal será necessário obter o conhecimento sobre os pensamentos de outras pessoas, porque, como bem afirmou Kant, “não somos átomos livres flutuantes vivendo sós nesse mundo”.²¹⁷

Já o *sensus communis* garante que será possível julgar e agir livremente numa sociedade em que diferentes opiniões são permitidas.

Contudo, e isto é relevante, precisamos compreender em qual espaço esse discurso livre pode ser proferido. Segundo Kant, existe um local propício à prática da razão pública e da razão privada, ou seja, “entendo, sob o nome de uso público de sua própria razão, aquele que qualquer homem, enquanto sábio, faz dela diante do grande público do mundo letrado. Denomino uso privado aquele que o sábio pode fazer de sua razão em certo lugar ou ofício civil, que lhe seja confiado”.²¹⁸

Portanto, você utiliza sua razão de modo privado quando, por exemplo, passa a ser um professor ou um sacerdote religioso, pois “quando os intelectuais ensinam, são *ferramentas do governo* e têm de adotar o material da universidade e sujeitar-se à *censura das faculdades*”.²¹⁹ Eles não podem simplesmente ensinar o que quiserem. Da mesma forma um padre que fica obrigado a fazer seu sermão aos fies, de conformidade com o credo da igreja a que serve, pois foi admitido com esta condição.²²⁰

No entanto, é diferente quando não se está no ofício. Como diz Kant, no domínio público “não pode haver nada mais terrível do que as ações de uma pessoa (...) postas sob a vontade de outrem”.²²¹

Nesse sentido, num local público, é preciso ser capaz de usar livremente o poder de raciocinar. “O intelectual tem o dever público de avaliar criticamente o material utilizado no ensino pelo professor que é empregado. Deve examiná-lo para melhorar não somente o

cidadãos livres, em que cada um deve ser capaz de, sem se conter, expressar seus receios e, de facto, até mesmo seu veto.” Cfr. UCNİK, Lubica, ob. cit., p. 108.

²¹⁶ Cfr. UCNİK, Lubica, *Kant: Sensus Communis and Public reasoning*. Trad.: Nuno Coimbra Mesquita. Piracicaba: Impulso, 2004, p. 107.

²¹⁷ Cfr. KANT, Immanuel, *Opus Postumum*. Trad.: Eckart Förster and Michael Rosen. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 35

²¹⁸ Cfr. KANT, Immanuel, *Textos Seletos: Reposta à pergunta: Que é “Esclarecimento” (Aufklärung)*. Trad.: Floriano de Sousa Fernandes. 3ª Ed., Petrópolis: Editora Vozes, 2005, p. 65.

²¹⁹ Cfr. KANT, Immanuel, *The Conflict of the Faculties*. Trad.: Mary J. Gregor. Lincoln/London: University of Nebraska Press, 1992, p. 25.

²²⁰ Em qualquer outro emprego, a situação é a mesma e você é designado para uma tarefa particular, devendo desenvolvê-la passivamente, isto é, de acordo com os desejos do empregador. No caso de um empregado, “o argumento certamente não é permitido, deve-se somente obedecer”. Para Kant, todos os que trabalham estão realmente executando as ordens de outrem. Nessa instância, devem obedecer; do contrário, o trabalho não sairia e seria impossível atingir os fins públicos necessários. Cfr. KANT, Immanuel, ob. cit., p. 66.

²²¹ Cfr. KANT, Immanuel, ob. cit. p. 67.

currículo da escola, por exemplo, mas também para aconselhar o governante a respeito de melhores leis públicas. *Sapereaude! Atrever-se a pensar!*²²² Kant explica que o “uso público da razão deve sempre ser livre”, porque é precisamente a possibilidade de questionar a razão que, “sozinha, pode trazer o *esclarecimento* (*Aufklärung*) entre os homens.”²²³ “Consequentemente, o uso da razão pública é uma responsabilidade política de primeira ordem”.²²⁴

Igualmente pensa-se a respeito do sacerdote, que enquanto sábio, tem completa liberdade, e até mesmo o dever, de dar conhecimento ao público de todas as suas ideias, pois por meio de suas obras literárias fala para o “verdadeiro público, isto é, o mundo, o sacerdote, no uso público de sua razão, goza de ilimitada liberdade de fazer uso de sua própria razão e de falar em seu próprio nome.”²²⁵

Portanto, com efeito, a razão pública de Kant é uma razão universal, pois o seu público não é um determinado Estado ou um ente específico, “mas o mundo”, pois o modelo exemplar da razão pública é “precisamente o da pessoa douta que fala perante a comunidade científica ou a universidade”²²⁶ e que não tem outra lei ou concepção que não a da própria razão.

Parece-nos, então, que a ideia de razão pública em Rawls é substancialmente antagônica à do seu grande predecessor, senão vejamos.

²²² Cfr. UCNİK, Lubica, *Kant: Sensus Communis and Public reasoning*. Trad.: Nuno Coimbra Mesquita. Piracicaba: Impulso, 2004, p. 109.

²²³ Cfr. KANT, Immanuel, *Textos Seletos: Reposta à pergunta: Que é “Esclarecimento”* (*Aufklärung*). Trad.: Floriano de Sousa Fernandes. 3ª Ed., Petrópolis: Editora Vozes, 2005. p. 67.

²²⁴ “Após a morte de Frederico o Grande, em 1786, a liberdade de publicar diminui severamente. O rei seguinte, Frederico Guilherme II, religioso fanático, introduziu uma censura rígida, visando especialmente os pensadores iluministas. Um de seus alvos principais foi Kant. Uma carta do maior adversário do iluminismo, Wöllner, o novo censor prussiano, escrita em nome do imperador e datada de primeiro de outubro de 1794, foi enviada a Kant. Ela falava do *grande desprazer* em relação ao abuso de Kant na filosofia para “distorcer e afrontar muitos dos ensinamentos básicos e cardinais das Sagradas Escrituras e do cristianismo”. Wöllner acusou Kant de “irresponsabilidade” em seu “dever como professor da juventude”, já que seus ensinamentos não levavam em conta o “propósito paternal” do imperador. A carta termina com um alerta sobre possíveis repercussões, no caso de Kant falhar em observar o seu “dever”. Na resposta de Kant ao imperador, vê-se que a divisão, defendida por ele, entre a razão pública e a privada não era uma fórmula vazia. Ele sublinha que, em seu dever como *professor da juventude*, nunca expôs aos alunos suas críticas sobre a Sagrada Escritura e o cristianismo, e sempre usou os textos de Baumgarten, livro padrão para as palestras da universidade. Enquanto ensinava, observou rigidamente o uso da razão privada, entretanto, argumenta, intelectuais deveriam ter permissão de publicar livremente para “deixar que o governo saiba, pelos seus escritos, tudo o que consideram benéfico a uma religião pública do país.” Isso não significa que, como “professor das pessoas”, seus escritos alguma vez tenham “ofendido o mais alto propósito paternal” do imperador, pela simples razão de que “o livro em questão [*A Religião nos Limites da Mera Razão*] não é de maneira nenhuma adequado ao público: para ele, é um livro ininteligível e fechado” e apenas relevante a “um debate entre intelectuais da faculdade, ao qual o público não tem acesso”. Kant conclui, prometendo ao imperador que não publicaria material sobre religião “durante o período de vida de Sua Majestade”. Portanto, naquele momento, ele renunciaria a seu direito ao uso da razão pública.” Cfr. UCNİK, Lubica, ob. cit., p. 110.

²²⁵ Cfr. KANT, Immanuel, ob. cit., p. 67.

²²⁶ Cfr. SOUSA E BRITO, José de, *Razão democrática e direito – Ética e o futuro da democracia*. Coord.: João Lopes Alves, Lisboa: Colibri, 1998, p. 145.

3.2 Em Rawls

Os primeiros pontos importantes a serem esclarecidos são os três sentidos que Rawls propôs quando quis dizer que a razão é pública, logo: 1) enquanto cidadãos como corpo coletivo, é a razão do público, pois o discurso democrático é umas das principais características da razão pública; 2) o seu propósito (objeto) é o bem público e as questões de justiça fundamental e 3) a sua natureza é pública, pois o seu conteúdo é formado pelas ideias e princípios expressos na concepção política de justiça escolhidos pela sociedade, “sendo administrados abertamente nessa base”.²²⁷

Já que a razão pública é imprescindível para constituir uma sociedade democrática bem ordenada e estável, então seria natural e desejável que os seus valores regulassem toda a estrutura jurídica (normas, procedimentos e decisões de todas as matérias), no entanto, Rawls pensa diferente e afirma que se não formos fiéis na aplicação da razão pública em questões restritas e fundamentais, impossível será compartilhá-la com outros assuntos que não tenham carácter fundamental, pois estes, aconselha Rawls, devem ser regulados somente com base em valores não políticos.²²⁸

Portanto, a ideia de razão pública em Rawls não se aplica a qualquer discussão, mas apenas sobre questões políticas (José de Sousa e Brito chamar-lhes jurídicas)²²⁹ e, dentro destas, apenas às relativas à essência da constituição (organização do poder político e direitos fundamentais) e aos direitos básicos (nos termos do segundo princípio de justiça, proposto em uma *Teoria*).

É importante registar, também, que sua aplicação, além de se restringir à questão política ou jurídica fundamental e básica, só ocorrerá quando a discussão e deliberação dessas matérias possuírem lugar no foro público, isto é, nas campanhas eleitorais, nos atos públicos do parlamento, dos governos, da administração, dos tribunais e, especialmente, do tribunal constitucional, como veremos a seguir.²³⁰

No entanto, a razão pública “já não se aplica à discussão das mesmas questões, quiçá pelos mesmos cidadãos”²³¹, no âmbito da universidade ou de uma comunidade religiosa, isto

²²⁷Cfr. SILVEIRA, Denis Coitinho, *O papel da razão pública na teoria da justiça de Rawls*, Revista de Filosofia Unisinos, Pelotas, jan/abr. 2009, p. 67 e Cfr. RAWLS, John, *O liberalismo político*. Trad.: Álvaro de Vita, 1ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 251 e segs.

²²⁸Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 263.

²²⁹Cfr. SOUSA E BRITO, José de, *Razão democrática e direito— Ética e o futuro da democracia*. Coord.: João Lopes Alves, Lisboa: Colibri, 1998, p. 144.

²³⁰Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 176.

²³¹Cfr. SOUSA E BRITO, José de, ob. cit., p. 144.

é, na cultura de fundo da sociedade. Nestas circunstâncias é possível aplicar, segundo Rawls, uma razão não pública.

A ser assim, o discurso desses agentes, quando investidos de suas funções dentro do foro público, deve ser pautado, e somente ali, no conteúdo da razão pública e assim não devem criticar e nem atacar nenhuma doutrina abrangente (religiosa, filosófica ou moral), excepto na medida em que essa doutrina seja incompatível com os elementos essenciais da razão pública e de uma sociedade política democrática, pois a “exigência básica é que uma doutrina razoável aceite um regime democrático constitucional e a ideia de lei legítima que o acompanha”.²³²

Cumpridas essas exigências, podemos dizer que o “*ideal de razão pública*” foi absolutamente satisfeito, pois os chefes do Executivo, os Legisladores, os Juízes e outras autoridades públicas, bem como os candidatos e os eleitores, quando discutiram questões de políticas fundamentais, em fóruns públicos, se apresentam aos demais com um discurso pautado em uma concepção política de justiça em que todos consideram como a mais razoável.²³³

Claro está, então, que o conteúdo da razão pública é a própria concepção política de justiça construída pelo liberalismo político, dotada, portanto, de um construtivismo prático e razoável, objetivo e autônomo ou neutro a qualquer parametrização moral, pelo menos é assim que devemos enxergá-la.

Sabemos, no entanto, que Rawls destriça ainda outras características importantes sobre esse conteúdo, conforme veremos.

3.2.1. O conteúdo e o ideal da razão pública.

Todas as ideias de concepção política de justiça expostas em “*O liberalismo político*”, inclusive o argumento filosófico que lhe concebeu, isto é, o construtivismo político e a própria noção de consenso sobreposto, devem ser aplicadas aqui, agora, como conteúdo da razão pública.

Por evidente, não exporemos mais essas ideias, pois foram exaustivamente apresentadas no capítulo anterior e temos a impressão que, para o que nos interessa, se esgotou ali a pesquisa.

²³² Cfr. RAWLS, John, *O liberalismo político*. Trad.: Álvaro de Vita, 1ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 174.

²³³ Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 178.

Contudo, ao aplicá-las como conteúdo da razão pública, novas implicações surgem, sendo que duas delas representam, para nós, o ponto nevrálgico para o momento de nossa análise crítica e por isso passamos a expô-las.

Ratificamos, mais uma vez, que mesmo não apresentando mais as ideias primeiras do *Liberalismo*, se faz necessário ter sempre em mente seus contornos, para que a percepção do conteúdo da razão pública fique evidente.

Primeiramente queremos destacar que esse conteúdo deve expressar princípios, padrões e ideais de valores políticos que somente eles sejam suficientes para oferecer uma resposta razoável a todas ou quase todas as questões que envolvam elementos constitucionais essenciais e matérias de justiça básica. Se por um acaso, essa concepção não tiver características de completude, então a razão pública não será uma estrutura adequada para levar a cabo discussões de questões jurídicas fundamentais.²³⁴

Quanto ao segundo aspecto, começemos pelo que já reafirmamos várias vezes, isto é, os valores políticos do conteúdo da razão pública não são compostos por doutrinas morais, “por mais disponíveis e acessíveis que estas últimas possam ser à nossa razão e à nossa reflexão de senso comum”.²³⁵ Ela torna-se uma concepção moral, porque simplesmente alcançou o consenso das doutrinas morais, e só isto.

Em contraste, o seu conteúdo expressa princípios e valores liberais que se incluem na categoria do político, e somente nele. No entanto, o liberalismo político rawlsiano nos permite introduzir, nas discussões jurídicas ou políticas fundamentais, nossas doutrinas abrangentes religiosas ou não religiosas, desde que, no devido tempo, ofereçamos razões adequadamente públicas para apoiar os princípios políticos que se acredita que nossa doutrina abrangente sustente. A esse procedimento, Rawls denomina de “a cláusula” ou “proviso”.²³⁶

A ideia, então, é apresentar razões políticas adequadas com a “cláusula”, ou seja, apesar do contraste entre a cultura política pública e a cultura de fundo da sociedade, onde aquela representa o próprio conteúdo da razão pública e esta as mais variadas razões privadas que existem na sociedade, é plenamente possível retirar dessas razões privadas valores

²³⁴“Aqui devo assinalar que, se uma concepção política de justice consegue dar conta dos elementos constitucionais essenciais e das questões de justiça básica – e, no momento, é tudo quanto aspiramos –, esse facto já se reveste de enorme importância, mesmo que essa concepção tenha pouco a dizer sobre muitas das questões sociais e económicas das quais as instituições legislativas usualmente têm de se ocupar.” Cfr. RAWLS, John, *O Direito dos Povos: A ideia de razão pública revisitada*. Trad.: Luís Carlos Borges. 1ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 191 e Cfr. RAWLS, John, *O liberalismo político*. Trad.: Álvaro de Vita, 1ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 272.

²³⁵Aqui se encontra uma novidade inserida por Rawls, quando da publicação do seu artigo: “*The Idea of Public Reason Revisited*”. Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 188.

²³⁶Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 537-538.

políticos de tamanha grandeza e a *cláusula* serviria, então, como uma espécie de “*guardiã*” ou “*filtro*” de raiz liberal, isto é, tomaria a essência desses valores privados e os transformariam em valores políticos liberais, em consonância com uma concepção política de justiça. E assim não permitiria que adentrasse na esfera pública razões ou doutrinas abrangentes.

Um bom exemplo, sugerido por Rawls, para que essa ideia fique clara, é a possibilidade de inserir no discurso público, virtualidades encontradas na parábola do Bom Samaritano²³⁷, tais como: respeito, amor ao próximo e cordialidade, todavia, “embora a visão ampla da cultura política pública permita, quando fazemos uma proposta, introduzir a parábola do Evangelho, a razão pública exige que justifiquemos nossa proposta com base em valores políticos adequados”²³⁸, ou seja, entendemos, então, que esses mesmos valores morais (respeito, cordialidade e amor ao próximo) ao passar pelo filtro da “*cláusula*”, devem, obrigatoriamente, sob pena de invalidade, se transformar em princípios semelhantes, mas regulados no conteúdo da razão pública, por exemplo, o princípio da liberdade, igualdade e justa oportunidade.

Ora, o argumento a favor desse pensamento é que, em uma democracia deliberativa, como bem afirmou Joshua Cohen, “as razões que os cidadãos podem oferecer para apoiar suas opiniões políticas devem ser limitadas a razões compatíveis com a consideração dos demais cidadãos como iguais”²³⁹, pois se o fizermos com argumentos “*bíblicos*” talvez não alcancemos o necessário consenso sobreposto e assim não obteremos uma base sólida de justificação e muito menos a estabilidade almejada (objetivo final da razão pública).

Como outrora exposto, a justificação pública não se reduz a argumentação válida, mas se trata, principalmente, de argumentação razoável dirigida a outros e é por isso que a proposta é apresentar um conteúdo de razão pública restrita, objetiva e independente, pois uma concepção assim expedida “limita suas possíveis interpretações; do contrário, a discussão e a argumentação não teriam como proceder”.²⁴⁰

Portanto, a ser assim, as doutrinas abrangentes só entrarão no fórum público, para discutir questões jurídicas fundamentais, se aceitarem as disposições previstas pela “*cláusula*” e, como bem apontou José de Sousa e Brito, “a explicação para essas determinações da razão

²³⁷Cfr. SAGRADA, Bíblia, *Evangelho de Lucas: A Parábola do Bom Samaritano*. Nova Versão Internacional, São Paulo: Editora Vida, 2003, p. 1175.

²³⁸Cfr. RAWLS, John, *O liberalismo político*. Trad.: Álvaro de Vita, 1ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 541.

²³⁹Cfr. COHEN, Joshua, *Deliberation and Democratic Legitimacy*, in *The good polity: normative analysis of the State*. Oxford: Basil Blackwell, 1989, p. 21.

²⁴⁰Cfr. GREENAWALT, Kent, *Private Consciences and Public Reasons*. Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 119-120.

pública está na sua própria natureza e conteúdo”²⁴¹, ou seja, que não se faz apelo a toda a verdade, mas apenas àquela parte da verdade que se pode esperar que seja reconhecida por qualquer sistema razoável de princípios, isto é, por qualquer doutrina filosófica, religiosa ou ideológica que seja razoável, pois não podemos esquecer que a ideia de civilidade é a justificação pública de um perante o outro.²⁴²

Por fim, parece-nos que os argumentos que justificam a *cláusula*, remetem-nos ao pensamento original do liberalismo político e responde-nos a objeção da segunda questão fundamental, ou seja, a ideia é sempre manter a estabilidade política e social, por intermédio de um ideal de razão pública que os cidadãos possam subscrever não em virtude de um compromisso político, como em um *modus vivendi*, “mas da perspectiva interna de suas próprias doutrinas razoáveis.”²⁴³

3.2.2 O paradigma da razão pública

A razão pública, conforme já afirmamos, se aplica, em especial, ao Judiciário e, sobretudo, a um Tribunal Constitucional Supremo²⁴⁴ em uma democracia constitucional na qual exista um controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e da própria aplicação da Constituição.

Isto ocorre porque os magistrados, diferentemente dos legisladores que, quando estão diante de uma discussão que não envolva questão jurídica fundamental, podem utilizar suas visões abrangentes, devem explicar e justificar suas decisões, quaisquer que forem, com a melhor interpretação da Constituição, isto é, aquela que se ajuste ao corpo relevante das fontes do Direito Constitucional, e o justifica em termos de concepção pública de justiça ou de uma variante razoável da mesma.²⁴⁵

A ser assim, claro está, os juízes não podem invocar em suas sentenças, sob pena de invalidar a razão pública, a sua moralidade pessoal, nem genericamente as ideias e virtudes da moralidade. Essas devem ser encaradas, por eles, como irrelevantes. Igualmente não podem

²⁴¹Cfr. SOUSA E BRITO, José de, *Razão democrática e direito— Ética e o futuro da democracia*. Coord.: João Lopes Alves, Lisboa: Colibri, 1998, p. 144.

²⁴² “Certamente, as questões mais fundamentais deveriam ser resolvidas recorrendo-se às verdades mais importantes, mas estas podem transcender em muito a razão pública!” Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 255.

²⁴³ Cfr. RAWLS, John, *O liberalismo político*. Trad.: Álvaro de Vita, 1ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 257.

²⁴⁴O que equivale a Suprema Corte nos EUA, ao Tribunal Constitucional em Portugal e ao Supremo Tribunal Federal no Brasil.

²⁴⁵ Ao agir assim, o Tribunal evita decisões que correspondam a interesses estreitos, organizados e muito bem posicionados para fazer valer seus pontos de vista. Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 276-280.

invocar as suas perspectivas religiosas ou filosóficas ou as de outros. Nem podem citar valores políticos sem as devidas restrições da *cláusula*. Antes, são obrigados a invocar os valores políticos que julgam pertencerem ao mais razoável entendimento da concepção pública e aos respectivos valores políticos da justiça e da razão pública.²⁴⁶

Esses valores, aos quais lhes creditam serem de boa-fé, são exactamente aqueles que conquistaram o consenso dos cidadãos razoáveis e racionais, e por isso lhes subscrevem.

Portanto, dizer que um Supremo Tribunal Constitucional é o modelo ideal de aplicação da razão pública é querer dizer dois factos: 1) aos juízes cabe elaborar e expressar, em suas sentenças, a melhor interpretação da Constituição, valendo-se de seu conhecimento sobre o que a Constituição e os precedentes constitucionais requerem. Ao cumprir este dever, o Tribunal concede “força e vitalidade à razão pública no fórum público”²⁴⁷ e, a ser assim, 2) A razão pública é a única razão que o Tribunal exerce, por isso os magistrados não devem dispor de nenhuma outra razão, nem de nenhum outro valor, a não ser aqueles de índole política, expresso em uma concepção que foi criada por um construtivismo político.²⁴⁸

Temos a impressão que, por hora, o que seria de mais relevante a respeito da ideia de razão pública em Rawls foi dito aqui, neste capítulo.

Certamente, o que já foi tratado até aqui torna-se o núcleo central para tentarmos produzir uma crítica coesa, sob os meandros da filosofia e do discurso crítico do direito.

Contudo, antes de mais nada, podemos dizer, então, que a ideia de razão pública, no liberalismo político de John Rawls, é a razão do cidadão que, enquanto corpo colectivo, diante de um debate público exclusivo sobre matérias de elementos constitucionais essenciais e de questões jurídicas básicas, submete suas doutrinas abrangentes e razoáveis as restrições da *cláusula*, mesmo que essas doutrinas reflitam suas verdades absolutas, pois a justificação pública surge somente de argumentos fundados em princípios políticos de justiça pré-estabelecidos por um consenso de sobreposição, a buscar sempre o bem comum a todos e a aplicar esses princípios, e somente aí, nas discussões e deliberações que possuem lugar no palco público, principalmente em um Tribunal Constitucional que é, por isso, o principal paradigma da razão pública.

²⁴⁶ Por isso, espera-se que os juízes, mais do que outras pessoas, tenham uma compreensão mais profunda da concepção de justiça política da sociedade e maior facilidade para aplicar seus princípios e chegar a decisões razoáveis, sobretudo nos casos mais difíceis. Cfr. RAWLS, John, *O liberalismo político*. Trad.: Álvaro de Vita, 1ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 95 e 279.

²⁴⁷ Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 279-281.

²⁴⁸ Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 278.

Hoje fica impossível defender as nossas posições normativas sem recorrer às condenações que o discurso secular rawlsiano considera inadmissível e assim somos frequentemente forçados a contrabandear as condenações, sob o pretexto de noções benignas.

Steven Smith.

4. Da análise crítica da ideia de razão pública em Rawls

Não é custoso reconhecer que o pensamento a cerca de razão pública em Rawls, transformou-se em um modelo exemplar de como conduzir melhor uma sociedade que, apesar de ser livre, justa e democrática, está amplamente dividida por conta do pluralismo razoável e abrangente que lhe é inerente.

Um pluralismo que, como muito bem afirmou Rawls, é fruto salutar de Estados que incorporaram o regime Democrático de Direito, onde se apregoa com veemência a defesa da manifestação popular e do mais amplo direito de liberdade de escolha e expressão.

Todavia, é preciso saber trabalhar muito bem com as potencialidades desse pluralismo, sob pena de um iminente retorno ao Estado Totalitário, se extingui-lo, ou de profundos desarranjos e instabilidades políticas e jurídicas na ordem pública, se não convencená-lo de forma justa.

Rawls optou pela segunda forma e a sua intenção parece acertada, principalmente quando tem em mente a solução para refrear graves problemas sociais básicos e a garantia da tolerância e da imparcialidade nas deliberações públicas acerca de questões de interesse coletivo.

No entanto, algo muito mais forte nos intriga, que é exatamente o método que Rawls propõe para alcançar o seu desiderato, abrindo mão das consequências de um *ser* culturalmente enraizado, de um Direito (com “D” maiúsculo) validamente parametrizado em circunstância morais e de uma filosofia axiologicamente crítica.

Exatamente dentro desses três aspectos é que procuraremos desenvolver nossa análise crítica e nada mais próprio ao iniciarmos com uma breve crítica comunitarista.

4.1. Uma breve crítica comunitarista.

Já afirmamos anteriormente que logo após lançadas as ideias de *Uma teoria da justiça*, inúmeras foram as críticas lançadas a esse pensamento, principalmente ao conteúdo do “eu”

desimpedido, livre para escolher princípios de justiça segundo a sua concepção, primeiramente, de justiça e depois, com certas restrições, de bem.

Esses críticos rejeitaram a prioridade que Rawls concedeu do que é “certo” sobre o que é “bom” e argumentaram que não poderíamos raciocinar sobre o que é justiça deixando de lado aquilo que almejamos e a que estamos ligados. “Essas pessoas ficaram conhecidas como críticos “comunitaristas” do liberalismo contemporâneo”.²⁴⁹

É bem verdade que a densidade dessas críticas recai principalmente sobre as formulações de *Uma Teoria*, o que, ao nosso ver, não invalida seus reflexos no *Liberalismo Político*, pois, conforme demonstrado, Rawls não desconsiderou por completo o seu primeiro pensamento, mas apenas o moldou a um facto – nesse caso o pluralismo político – e lhe proporcionou uma nova roupagem liberal.

É óbvio que nos deteremos exclusivamente nas críticas ao ideal de razão pública, principalmente em dois pontos que nos chamam a atenção, quais sejam: 1) os limites determinados por Rawls ao apresentar o conteúdo da razão pública (*concepção política de justiça*) como uma posição “auto-sustentável”, não comprometida, primordialmente, com nenhuma concepção do bem ou da vida boa e 2) como o “ser” rawlsiano deve enxergar o que é justo.

Conforme vimos no liberalismo político, nas discussões de questões constitucionais básicas, o dever de civilidade deve impedir que o cidadão recorra a razões que são próprias de sua particular visão compreensiva (moral, filosófica e religiosa). Nessas ocasiões, segundo Rawls, é preciso que recorramos apenas a argumentos que todos possam aceitar razoavelmente, em vista da concepção política de justiça compartilhada e dos valores políticos distintivos do consenso sobreposto (*isto é, em tese, razão pública*).

Rawls, claramente tinha pelo menos dois motivos para pensar em justificação pública da forma desenhada. Primeiramente ele procura deixar muito claro – e pensamos que Kant foi o seu modelo – que ao impor à alguns indivíduos os valores de outros, o Estado ou quem quer que esteja investido de função pública vinculante, deixa de respeitar as pessoas como seres livres e independentes, capazes de decidir quais serão seus objetivos e suas finalidades.

Assim, a liberdade de escolha e a autoridade pública neutra caminham de mãos dadas. Interpretando Rawls, Sandel leciona assim: “É justamente porque somos seres livres e independentes que precisamos de uma estrutura de direitos que seja neutra quanto às

²⁴⁹Cfr. SANDEL, Michael, *Justiça: O que é fazer a coisa certa?* Trad.: Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 6ª Ed., Rio de Janeiro: 2012, p. 273.

finalidades, que se recuse a tomar partido em controvérsias morais e religiosas, que deixe os cidadãos livres para escolher os próprios valores”.²⁵⁰

Ora, pensar assim só ratifica os ideários de Kant e Rawls em priorizar o correto e o justo em relação ao bom ou ao bem da vida, diferentemente, por exemplo, de Aristóteles que defendia o cultivo do bom caráter e de como desenvolver nossas capacidades humanas, antes mesmo de escolher a natureza de uma Constituição.²⁵¹

Mas talvez discutir questões que envolvam virtude, moral ou metafísica em sede de normatização, ou mesmo antes dela, pode gerar um grave problema de consenso, pois, pelo que nos parece, as doutrinas abrangentes são diversas e irreconciliáveis, então, pelo visto, o mínimo que podemos fazer é elaborar uma ordem jurídica intolerante, o que diverge diretamente dos preceitos fundamentais de uma República Democrática justa e liberal, e ainda sim coloca em sério risco a liberdade do agente autónomo. Isto, então, nos parece o segundo motivo de Rawls.

A ser assim, dificilmente será possível aceitar o peso moral da comunidade (costumes, religião, tradição) e ainda ter como objetivo a tolerância e a liberdade do ser.

Mas quem nos garante também que o cidadão fortemente enraizado em sua cultura admitirá um consenso sobreposto que oferece como grau regulador do debate público uma concepção de política neutra? Será que se forçosamente admitir o consenso ele não estará colocando em cheque a sua própria liberdade de pensar como lhe convém, ou seja, pensar moralmente?

Rawls parece responder também essa pergunta e garante que o consenso ocorrerá porque o conteúdo dele é profundo e envolve princípios de justiça que em regra estão dispostos também nas doutrinas morais abrangentes razoáveis. Mas e se não estiverem dispostas? Consideraremos então as doutrinas como irrazoáveis? Aliás, nos parece, e intriga também Hampton, que não existe nenhuma passagem no Liberalismo Político na qual as ideias do razoável e do não razoável sejam descritas de modo claro e convincente. Por isso, em última instância, tais ideias acabam recebendo conteúdo a partir de mera intuição. E isso é o que vem a ser inaceitável para Hampton que assim afirma: “a tentativa de garantir estabilidade a partir da exclusão de certos pontos de vista, com base em noções dependentes

²⁵⁰ Cfr. SANDEL, Michael, ob. cit., p. 268.

²⁵¹ Cfr. ARISTÓTELES, *Política*. Trad.: Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985, p. 219-222.

meramente da intuição”.²⁵² A ser assim corremos o sério risco de taxar, erroneamente, como irrazoável a doutrina abrangente que possui os princípios da concepção política de justiça, então não estaríamos também incorrendo em intolerância?

Como diz Abner Greene, “esse facto de que alguns sujeitos possam ser coagidos, por fim, a partir de leis estabelecidas após seus argumentos serem excluídos do cenário político, pode ser visto como uma atitude indevida: poderia ser dito que o Estado, em tais casos, trata esses sujeitos como “cidadãos de segunda classe””.²⁵³

Ora, conforme questiona Hampton, por que não pensar, então, que sejam os próprios indivíduos que, em seu diálogo, vão aceitando e descartando argumentos? Por que não deixar que os próprios cidadãos encontrem seus pontos básicos de acordo, sem correr o risco de que os teóricos “congelem” a comunicação política pública, dizendo-nos a que argumentos poderemos recorrer e quais não. Hampton finaliza o pensamento assim: “As restrições à discussão propostas por Rawls, assim apresentadas, são objetáveis não só por questões de princípio, como também por razões práticas. Paradoxalmente, tais restrições – propostas por Rawls para ajudar a “concepção de justiça” a poder ser acessível a quem parte de visões compreensivas diferentes – ameaçam transformar o projeto rawlsiano em um projeto irrealizável”.²⁵⁴

Scheffler confirma todo o pensamento já exposto e finaliza da seguinte forma: “O requisito de não recorrer à própria concepção do bem durante as discussões básicas sobre política é “*extraordinariamente poderoso*”, a ponto de solapar a plausibilidade da ideia de que o consenso sobreposto possa ser de facto alcançado”.²⁵⁵

Portanto, parece ser essa a prática de justiça que o “*ser*” rawlsiano enxerga, ou seja, a justiça deve manter-se neutra em relação às concepções do bem, refletindo um conceito das pessoas como seres dotados de livre escolha e sem amarras morais preexistentes.

Ora, como afirmou Sandel, se Rawls estiver certo ao conceber a liberdade dessa maneira, também estará certo a respeito da justiça. “Se somos seres independentes, que escolhem livremente, sem quaisquer amarras morais precedentes à nossa escolha, precisamos

²⁵²Cfr. HAMPTON Jean, *The Failure of Expected-Utility Theory as a Theory of Reason*. In: Cambridge Journals. Economics and Philosophy, Vol. 10, Issue 02, October 1994, pp 195-242. Cambridge: online by Cambridge University Press 15, 2009, p. 210.

²⁵³Cfr. GARGARELLA, Roberto, *As teorias da Justiça depois de Rawls: Um breve manual de filosofia política*. Trad.: Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 241.

²⁵⁴Cfr. HAMPTON Jean, ob. cit., p. 211-212.

²⁵⁵Cfr. SHEFFLER, Samuel, *The Appel of Political Liberalism*. In: Chicago Journals. Vol. 105, n. 01, October 1994, pp 4-22. Chicago: online The University of Chicago Press, 2012, p. 16.

então de uma estrutura de direitos que mantenha a neutralidade no que se refere às finalidades. Se o “*eu*” precede suas finalidades, o certo também deve preceder o bom”.²⁵⁶

Se, no entanto, prevalecer a concepção narrativa da ação moral de Alasdair MacIntyre, conforme veremos a seguir, talvez valha a pena reconsiderar a noção de justiça de Aristóteles. “Se deliberar sobre o que é bom para mim envolve reflectir sobre o que é bom para as comunidades às quais minha identidade está ligada, talvez a ideia de neutralidade esteja equivocada. Pode não ser possível, nem mesmo desejável, deliberar sobre justiça sem deliberar sobre a vida boa”.²⁵⁷

Sem dúvidas, logo adiante, firmaremos nossa posição a esse respeito. Por enquanto, o breve esboço da crítica comunitarista nos deixou claramente situados quanto aos problemas que podem ser encontrados na ideia de razão pública de Rawls e é certo que no decorrer do trabalho ainda tomaremos emprestadas suas lições (*da crítica comunitária*), principalmente quando tratarmos da identidade do ser e de um direito moralmente parametrizado.

Antes, contudo, queremos traçar mais algumas considerações críticas, político-filosóficas, ao pensamento de razão pública.

4.2. Problemas da completude e da aplicação da razão pública secular de Rawls.

Primeiramente queremos destacar que, talvez, seria um erro de nossa parte considerar o conteúdo da razão pública como uma ideia fundada em uma qualquer corrente secular, pois, como muito bem garantiu Rawls, a concepção política de justiça (*base e conteúdo da razão pública*) não pode ser considerada uma razão secular que se baseia em doutrinas não religiosas abrangentes. Ora, afirma Rawls, “tais doutrinas e valores são amplos demais para servir aos propósitos da razão pública”.²⁵⁸

No entanto, justificamos uma posição diferente da de Rawls, mas para tanto tomaremos emprestado a experiência histórica, já explanada nas primeiras páginas e, sucintamente, apresentaremos o significado de um pensamento secular.

De acordo com Giacomo Marramao, a secularização é uma das “expressões-chave do debate político, ético e filosófico contemporâneo”, agora o seu conceito surgiu na confluência de várias tradições, as quais, segundo Fernando Catroga, resume como o resultado da herança

²⁵⁶ Cfr. SANDEL, Michael, *Justiça: O que é fazer a coisa certa?* Trad.: Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 6ª Ed., Rio de Janeiro: 2012, p. 296.

²⁵⁷ Cfr. SANDEL, Michael, ob. cit., p. 296.

²⁵⁸ Cfr. RAWLS, John, *O liberalismo político*. Trad.: Álvaro de Vita, 1ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 536-537.

Greco-romana e o Cristianismo, “legado que o direito canónico virá recolher, para denotar a separação do clero do mundo dos fiéis seculares ou leigos, a que resultou da relativa diferenciação entre o domínio político e o espiritual, justificada através de argumentos de cariz jurídico-político.”²⁵⁹

Nos primórdios do Cristianismo, quando na primeira tradução do Novo Testamento do grego para o latim, São Jerónimo utilizou a palavra *saeculum* para traduzir *kósmos* numa acepção negativa: o “*momento presente*”, “*este século*”, em oposição a “*eternidade divina*”, ao futuro, o reino eterno prometido por Deus. “Por isso, ela virá a ser utilizada para caracterizar o mundo dos pagãos e para exprimir o gradual desfasamento, no interior do cristianismo, de duas categorias: a dos *clérigos* e a dos *leigos*”.²⁶⁰

Com isso, já nos alvares da idade média, conforme já destacado, a sociedade era praticamente regida pela constituição dessas duas classes de pessoas (*cleros* e *leigos*), o mundo natural era entendido como um cosmos ordenado que funcionava sob as ordens de Deus, ou seja, absolutamente tudo ocorria por intervenção divina e, portanto, duvidar de *Sua* existência ou ir contra os *Seus* preceitos significava um ato de descumprimento moral e normativo.

Sabe-se, todavia, que a forte influência secular começa a transformar o sentido dessa razão pelo facto marcante da crescente confiança do ser humano em si próprio, confiante na sua capacidade de definir a sua própria identidade.

Por isso e por conta de outras correntes fortemente influenciadoras, surge, então, o que Charles Taylor, na sua obra “*A Secular Age*”, chamou de um novo imaginário social secular, que já não tem o seu fundamento em Deus ou em alguma antiga tradição, mas, sim, na razão.²⁶¹

Para Taylor, sob essa nova realidade, não é difícil imaginar um quadro imanente como lugar de realização deste novo imaginário social. A perda do sentido de Deus. Ou seja, as pessoas nessa perspectiva passam a exaltar a razão e a disciplina, a tolerância e a benevolência. “Ganha força, agora, a ideia de que a natureza humana pode florescer melhor quando liberta das crenças e das práticas tradicionais que na maioria das vezes ofuscam e bloqueiam as fontes mais genuínas de expressão humana.”²⁶²

²⁵⁹ Cfr. CATROGA, Fernando, *Entre Deuses e Césares: Secularização, Laicidade e Religião Civil*, 2ª Ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 49.

²⁶⁰ Cfr. CATROGA, Fernando, ob. cit., p. 49.

²⁶¹ Cfr. RIBEIRO, Elton, *Charles Taylor e a secularização*. In: Revista nº 2, Vol. 170, Cristianismo e Cultura. Braga: Brotéria, 2010, p. 150.

²⁶² Cfr. RIBEIRO, Elton, ob. cit., p. 151.

Agora esta nova perspectiva de vida teve os seus primeiros efeitos fortes na obra descristianizadora da Revolução Francesa e com o surgimento do iluminismo que trouxe no seu bojo, como ideia primária, a emancipação, o progresso e a capacidade autónoma da razão, passando a secularização a ser apresentada com uma das condições necessárias para o cumprimento do sentido emancipatório da humanidade.²⁶³

Já na entrada do século XIX o termo secular, conforme apontamentos de Fernando Catroga, quando cita o dicionário de Oxford (1851), “já referenciava uma moral que se devia basear no bem-estar da vida presente, excluindo todo o critério tirado da crença”.²⁶⁴

Após 1960, tentou-se compreender de forma mais nítida o fenómeno da secularização que tanto já influenciava, principalmente os países industrializados, marcados pela forte influência da doutrina judaico-cristã.

Diante disto, nascem as teorias clássicas da secularização, que apesar de não serem convergentes em determinados pontos, tinham traços semelhantes quando justificavam três aspectos, quais sejam: “o peso da influência da religião judaico-cristã, o desenvolvimento da racionalidade capitalista e o crescimento de uma civilização urbana com efeitos desestruturadores nas formas tradicionais de sociabilidade e respectivos modos de entender o mundo e a vida”.²⁶⁵

Sinteticamente, dentro das teorias clássicas é possível verificar duas correntes que prevalecem, antagónicas em certos momentos, mas resguardadas com o mesmo fim.

A primeira posição é do “*tipo autónoma*”, ou seja, a secularização é uma saída absoluta de sectores da sociedades e da cultura do domínio religioso, ao ponto das acções, consciência e a própria instituição religiosa perderem o seu significado na vida social, por conta do crescimento da razão de que os homens seriam capazes, cada vez mais, de fazer, por intermédio de sua independência racional, a sua história. Perspectiva que tende a diminuir consideravelmente a participação dos indivíduos na vida religiosa.

²⁶³ As ideias de emancipação, progresso e capacidade autónoma que a razão teria que oferecer para dar transparência aos imperativos da ética e às leis da natureza, bem como para aumentar o poder transformador do homem sobre o mundo, é denominado de “mundanização”, ou, como afirma Fernando Catroga, “temporalização”. O mesmo autor comenta ainda que “como a própria razão se historizou, a secularização foi sendo apresentada como uma das condições necessárias para o cumprimento do sentido emancipatório do itinerário da humanidade”, acarretando, assim, a nova semântica que o termo ganhou. Cfr. CATROGA, Fernando, *Entre Deuses e Césares: Secularização, Laicidade e Religião Civil*. 2ª Ed., Coimbra: Almedina, 2010, p. 59.

²⁶⁴ Cfr. CATROGA, Fernando, ob. cit., p. 60.

²⁶⁵ Cfr. CATROGA, Fernando, ob. cit., p. 15 e segs.

No que diz respeito a segunda corrente, esta apresenta-se como uma “*transferência de conteúdo*”, ou seja, os esquemas e os modelos elaborados no “campo religioso”, se transportam, com uma roupagem secular, para o “campo profano”.

Essa corrente leva em consideração, principalmente, a defesa da tolerância prescrita em imperativos de índole moral e para isso é necessário aceitar como equivalentes todas as opiniões ou que a verdade absoluta não exista. Portanto, a ênfase é a valorização da consciência razoável, bem como deixar a religião prescrita ao âmbito interno do cidadão e ser julgada somente no seu interior moral. Esse modelo de consciência secular “contribui para valorar a liberdade de pensamento e da própria vivência religiosa, dando continuidade entre a moral e a religião”.²⁶⁶

Ambas as teorias, apesar de serem diametralmente opostas, os seus fundamentos são praticamente os mesmos e recebem, da filosofia kantiana, fortes influências, ou seja, o objecto principal do movimento é “salvar os fenómenos do conhecimento vulgar, privilegiar o mundo da praxis e da esperança humana, declarar a impossibilidade do universo metafísico” no discurso público e assumir a maioridade autónoma do homem, vista como liberdade de pensamento e exercida por intermédio da razão pública.²⁶⁷

Ora, diante do exposto, não conseguimos vislumbrar uma desvinculação da ideia de razão pública de uma determinada corrente secular. Pode ser que ela – a razão pública – não adote todos os conteúdos previstos em uma razão secular – o que seria inconcebível se o fizesse – mas garante em seu conteúdo características muito mais seculares do que qualquer outra corrente doutrinária.

Antes, quando ainda era, implicitamente, procedida por uma *Teoria da Justiça*, se enquadrava perfeitamente na primeira posição de “*tipo autónoma*”, conforme disposto acima.

Quando passou a ser explicitamente exposta – no Liberalismo Político - a razão pública ganhou contornos exatos da segunda posição do tipo “*transferência de conteúdo*”, pois como muito bem explicou Rawls, ao justificar o porque a sua razão pública não é razão secular, “o conteúdo da razão pública é determinado pelos princípios e valores da família das concepções políticas liberais de justiça [...] Participar da razão pública é recorrer a uma dessas concepções políticas – a seus ideais e princípios, padrões e valores – ao debater questões políticas fundamentais. Essa exigência ainda permite introduzir na discussão política, em qualquer tempo, nossa doutrina abrangente, religiosa ou não religiosa, *contanto*

²⁶⁶Cfr. CATROGA, Fernando, *Entre Deuses e Césares: Secularização, Laicidade e Religião Civil*. 2ª Ed., Coimbra: Almedina, 2010, p. 59, p. 77 e segs.

²⁶⁷Cfr. CATROGA, Fernando, ob. cit., p. 27.

que, no devido tempo, ofereçamos razões adequadamente públicas”²⁶⁸, ou ao nosso ver, seculares.

Portanto, não parece restar dúvidas que o pensamento de Rawls, acerca de razão pública, é de corrente secular, enquadrada no tipo “*transferência de conteúdo*”, pois, Rawls, no próprio intuito de desvincular sua ideia de uma qualquer corrente secular, garantindo a tolerância como premissa de sociabilidade, reinventa a convocação do sagrado, e isto parece ficar claro quando vislumbrarmos, já no próximo item, um problema de completude na razão pública.

Certo é que, se de facto a ideia de razão pública for secular ou se pelo menos lhe garantir uma maior vantagem em relação a outras doutrinas morais, o construtivismo político poderá entrar em profundas contradições, e fazer sucumbir todo o liberalismo político, principalmente no tocante a posição de igualdade que, necessariamente, as partes devem se encontrar para a formulação de uma concepção política de justiça.

Por ora, não adentraremos mais nesse mérito, pois o nosso intuito em demonstrar que a ideia de razão pública é secular, foi somente para fundamentar a nossa crítica em relação a sua completude e a sua aplicação, conforme veremos.

4.2.1. O “contrabando de doutrinas abrangentes e razoáveis”

Tomemos novamente as duas lições de Rawls sobre quão completa é o conteúdo da razão pública e como aplicá-la para justificar decisões públicas.

Lembremos que a concepção política de justiça deve expressar princípios, padrões e ideias - *de tal forma que os valores por ela explicitados possam ser adequadamente ordenados ou combinados* - de modo que somente esses valores bastem para oferecer uma resposta razoável a todas ou quase todas as questões que envolvem elementos constitucionais essenciais e matérias de justiça básica. Recordemos também que quando o cidadão fizer adentrar no espaço público as suas doutrinas abrangentes, para discutir as mesmas questões fundamentais, ele deve obedecer radicalmente as exigências da *cláusula*, sob pena de tornar seu discurso injustificado publicamente.

No entanto, posto desta forma, no parecer de Steven Smith, o vocabulário secular de Rawls, se apresenta hoje, ao discurso público, de forma restrita e insuficiente para transmitir o nosso conjunto completo de convicções normativas e compromissos morais.²⁶⁹

²⁶⁸ Cfr. RAWLS, John, *O liberalismo político*. Trad.: Álvaro de Vita, 1ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 537.

Quando estamos diante de um debate normativo, fazemo-lo apenas por contrabando de noções que são formalmente inadmissíveis e, portanto, que não podem ser abertamente reconhecidas, sendo que algumas noções que devemos contrabandear, de acordo com Smith, incluem noções a cerca de um “*cosmo intencional*”, ou uma natureza teleológica abastecida com “*causas finais aristotélicas*” ou um “*desígnio providencial*”, todos banidos do discurso secular, porque eles estipulam verdade e o valor de antecedência, ao invés de esperar para ser revelado pelos resultados do cálculo racional. Mas se o discurso secular proíbe esse tipo de noção, então temos poucas escolhas a não ser contrabandear-las sob algum tipo de disfarce secular,²⁷⁰ por exemplo, utilizando “*a cláusula*”.

E como fazemos isso? Responde Smith: “Bem, é como invocar conceitos seculares como liberdade e igualdade, que são conceitos suficientemente gerais para escapar da mácula de filiação partidária ou religiosa”²⁷¹, para podemos ser vistos como cidadãos públicos justificados, mesmo quando nossa vontade na verdade era expressar nossas opiniões morais.

Este tipo de contrabando, conclui Smith, é generalizada no discurso secular contemporâneo, onde as conversas na gaiola secular não podem continuar muito bem sem o contrabando.²⁷²

Na mesma esteira de pensamento, encontramos Stanley Fish, que ratifica a ideia posta afirmando o seguinte: “In the always-ongoing debate about the role of religion in public life, the argument most often made on the liberal side is that policy decisions should be made on the basis of secular reasons, reasons that, because they do not reflect the commitments or agendas of any religion, morality or ideology, can be accepted *as* reasons by all citizens no matter what their individual beliefs and affiliations. *So it’s O.K.* to argue that a proposed piece of legislation will benefit the economy, or improve the nation’s health, or strengthen national security; *but it’s not O.K.* to argue that a proposed piece of legislation should be passed because it comports with a verse from the book of Genesis or corresponds to the will of God.”²⁷³

²⁶⁹Cfr. SMITH, Steven, *The disenchantment of secular discourse*. Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press, 2010, p. 39.

²⁷⁰Cfr. SMITH, Steven, ob. cit., p. 26 e segs.

²⁷¹Na verdade, conceitos como liberdade e igualdade, segundo Smith, são normativamente inútil, salvo quando seus ornamentos retóricos estão preenchidos por alguns partidários ou perspectiva ideológica ou teológica, precisamente as perspectivas que a razão secular tem renegado. Cfr. SMITH, Steven, ob. cit., p. 18-22.

²⁷²Cfr. SMITH, Steven, ob. cit., p. 39.

²⁷³Cfr. FISH, Stanley, *Are There Secular Reason?* In: *The opinion pages*. New York: online The New York Times, 22 Feb., 2010.

No entanto, como bem argumenta o mesmo Autor, se tratarmos de uma questão patrimonial e citarmos, por exemplo, como fundamento, a proibição de roubar prevista nos Dez Mandamentos de Moisés, não devemos ter com que nos preocupar, pois há uma versão secular disponível ao cidadão racional que são os princípios dos direitos de propriedade, ou seja, a fundamentação bíblica pode e deve ser transformada por um qualquer fundamento que não reconheça alguma autoridade moral.

Esta imagem de fundamentação da norma jurídica, ainda segundo Fish, é rotineiramente apresentada por aqueles que afirmam que razões e discurso seculares em geral, não contam – e nem devem contar – toda a verdade, pois são completas em si. Contudo, pelo que parece, acabam deixando de fora muito do que sabemos ser importante para a vida humana²⁷⁴. Mas não entremos nesse aspecto ainda, teremos um momento especial para fazê-lo.

Antes, todavia, suponhamos que esses não sejam os problemas mais urgentes na ideia de razão pública em Rawls, pois há uma questão de ordem de aplicação prática que nos parece mais grave, ou seja, e se os recursos disponíveis no domínio reduzido e truncado da “razão pública” não forem suficientes para produzir uma resposta definitiva a uma difícil questão como aborto ou casamento homossexual, por exemplo? E se esses recursos limitados não conseguirem apresentar uma justificação satisfatória para uma decisão sobre tais questões?²⁷⁵ E se não existirem para o discurso abrangente, roupas seculares adequadas?

Parece claro que, pelo menos para essas controvérsias, os escopos limitados de crenças e métodos que realmente podem reivindicar um “consenso sobreposto” em uma sociedade radicalmente pluralista são insuficientes para fornecer uma base geral de persuasão e justificação para uma determinada decisão.

Por isso, aos nossos olhos, o fluxo comum é que todos esses assuntos, quando não bem resolvidas em instâncias inferiores ou em outros Poderes do Estado, acabarão desaguando nos Tribunais Constitucionais, e se estes de facto forem os paradigmas principais da razão pública, pois é a única razão que lhes compete, então teremos um problema potencialmente mais grave.

²⁷⁴ E nesse aspecto, retornemos a Smith, que afirma que a razão secular, sozinha, não pode e não consegue fazer o trabalho de identificar os significados e os valores finais da vida, pois nós, necessariamente, precisamos de religião ou de alguma doutrina moral para fazê-lo. Cfr. SMITH, Steven, *The disenchantment of secular discourse*. Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press, 2010, p. 112.

²⁷⁵ Cfr. SMITH, Steven Douglas, ob. cit., p. 16.

4.2.2. Um grave problema nas mãos do paradigma da Razão Pública.

Como visto, Rawls considerou um Tribunal Constitucional ou uma Suprema Corte como o exemplo ideal de aplicação das regras da razão pública, pois a única razão que os magistrados ali utilizam – e não podem utilizar outra – é o conteúdo de uma concepção de justiça formatada em bases de um construtivismo político liberal neutro.

Todavia, essa pretensão, pelo que nos parece, não pode ser bem-sucedida, pois muitas das questões mais ardentemente contestadas de justiça e direitos não podem ser discutidas sem que sejam consideradas controversas questões morais e religiosas. Como bem salientou Sandel, “ao decidir sobre como definir os direitos e deveres dos cidadãos, nem sempre podemos deixar de lado as concepções divergentes sobre o que seja a vida boa. E, mesmo quando isso for possível, talvez não seja desejável”.²⁷⁶

É certo que um Tribunal Constitucional, em estruturas constitucionais que adotam a separação dos poderes, como é o caso dos Estados Unidos, Portugal e Brasil, é considerado como o principal “*Guardião da Constituição do Estado ou da Federação*”, garantindo, em última instância, os princípios e direitos fundamentais de todos os cidadãos, bem como participando diretamente na harmonia entre os poderes.

Evidente que para o êxito desta harmonia, além da independência entre os poderes, o “*mecanismo de freios e contrapesos*”²⁷⁷ exige certas interferências que visam o equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e o desmando de um em detrimento do outro e sob essa doutrina é comum verificar, entre outros factos, os Tribunais não poderem influir no Legislativo, contudo são autorizados a declarar a inconstitucionalidade de leis e atos propostos por estes.

Temos a impressão que essa regra corrobora com a ideia de atestar ao Tribunal Constitucional como principal exemplo da razão pública rawlsiana, ou seja, conforme apontou Smith e também Rawls, a maioria dos grandes constitucionalistas têm defendido a autoridade do Tribunal Constitucional como único legítimo para derrubar a legislação democraticamente

²⁷⁶ Cfr. SANDEL, Michael, *Justiça: O que é fazer a coisa certa?* Trad.: Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 6ª Ed., Rio de Janeiro: 2012, p. 296

²⁷⁷ O mecanismo dos freios e contrapesos demonstra que os trabalhos do Legislativo e do Executivo, especialmente, mas também do Judiciário, só se desenvolverão a bom termo, se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições. Cfr. SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional positivo*. 22ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 111.

aprovada, afirmando que o tribunal está mais sintonizado ao raciocínio sóbrio e desapaixonada do que os legisladores.²⁷⁸

Acontece, todavia, que os compromissos assumidos constitucionalmente pelos Tribunais, levam o judiciário, muitas vezes, a se pronunciarem não somente sobre questões estritamente vinculadas a lei, mas também a grandes questões morais como o aborto e o direito de fazer morrer.

Analisemos então, como fez Sandel e Smith, para que fique claro o grave problema, duas questões conhecidas de políticas fundamentais que não podem ser resolvidas sem que se aborde a controvérsia moral e religiosa implícita, quais sejam: as pesquisas de células-tronco e o aborto de fetos anencéfalos.

Os dois factos, claro está, referem-se a morte de um feto. Um para fins científicos e outro por não considerar perspectiva de vida durante ou logo após a gravidez.

Alguns argumentam que o aborto deveria ser proibido porque tira a vida de um ser humano inocente. Outros discordam e alegam que a lei não deveria tomar partido na controvérsia moral e teológica sobre o início da vida humana; como o status existencial do feto em desenvolvimento é uma questão de grande carga moral e religiosa, dizem, o governo deveria manter-se neutro e permitir que as mulheres decidissem por conta própria se devem ou não fazer um aborto.

Uma outra opinião reflete o conhecido argumento liberal que defende o direito ao aborto e seus argumentos consistem no facto de que o aborto deve ser resolvido com base na neutralidade do Estado e na liberdade de escolha, sem entrar na controvérsia moral ou religiosa. No entanto, como bem aponta Sandel, esse argumento não se mostra convincente, porque, “se for verdade que o feto em desenvolvimento é moralmente equivalente a uma criança, o aborto é moralmente equivalente ao infanticídio. E poucas pessoas concordariam com o governo se ele permitisse que os pais decidissem por conta própria se deveriam ou não matar seus filhos”. Portanto, o argumento “pró-escolha” no caso do aborto não é realmente neutro quanto à questão moral e teológica implícita; ele assume implicitamente que os ensinamentos da Igreja Católica, por exemplo, sobre o status moral do feto – que ele é um indivíduo desde o momento da concepção – são falsos.²⁷⁹

²⁷⁸ Cfr. SMITH, Steven, *The disenchantment of secular discourse*. Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press, 2010, p. 8.

²⁷⁹ Cfr. SANDEL, Michael, *Justiça: O que é fazer a coisa certa?* Trad.: Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 6ª Ed., Rio de Janeiro: 2012, p. 312.

É óbvio que reconhecer essa premissa não significa defender a proibição do aborto, mas é simplesmente reconhecer que a neutralidade e a liberdade de escolha não são suficientes para que se defenda o direito ao aborto.

Continua Sandel e vale a anotação na íntegra: “Aqueles que defendem o direito da mulher decidir por conta própria se deve pôr fim a uma gravidez devem enfrentar o argumento de que o feto em desenvolvimento é equivalente a uma pessoa e tentar demonstrar porque ele está errado. Não basta dizer que a lei deve ser neutra quanto às questões morais e religiosas. *O argumento para permitir o aborto não é mais neutro do que o argumento para proibi-lo.* Ambos os posicionamentos pressupõem uma resposta à controvérsia moral e religiosa implícita”.²⁸⁰

Não distante desta realidade é a discussão sobre aborto para pesquisas de células-tronco embrionárias, pois os que são contra o aborto alegam que, independente dos avanços da medicina, a destruição ou o homicídio de embriões humanos não pode ser moralmente aceitável. “Muitos adeptos dessa opinião acreditam que a vida começa no momento da concepção e que destruir um embrião, ainda que em estágio inicial, equivale moralmente a matar uma criança”.²⁸¹

Já os defensores da pesquisa argumentam a favor dos benefícios médicos em tratamentos de várias doenças crônicas e que as interferências religiosas ou ideológicas não podem prejudicar a ciência que está para o bem humano. “As pessoas com objeções religiosas não deveriam poder impor suas convicções por meio de leis que proibissem pesquisas científicas promissoras”.²⁸²

Nessa mesma esteira de pensamento, trazemos à baila um facto um pouco diferente, mas de mesma conotação prática. Trata-se de uma Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)²⁸³, que tramitou no Supremo Tribunal Federal do Brasil e refere-se a questão do “aborto de feto anencéfalos”.²⁸⁴

²⁸⁰ Cfr. SANDEL, Michael, *Justiça: O que é fazer a coisa certa?* Trad.: Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 6ª Ed., Rio de Janeiro: 2012, p. 313.

²⁸¹ Cfr. SANDEL, Michael, ob. cit., p. 313.

²⁸² Cfr. SANDEL, Michael, ob. cit., p. 313.

²⁸³ A ADPF é um instrumento jurídico pouco utilizado na justiça brasileira, pois permite que a sociedade civil interpele diretamente a Suprema Corte. No Brasil, esse tipo de Ação judicial foi instituída em 1988 pelo parágrafo 1º, do artigo 102 da Constituição Federal, posteriormente regulamentado pela lei nº 9.882/99. Sua criação teve por objetivo suprir a lacuna deixada pela ação de direta de inconstitucionalidade (ADI), que não pode ser proposta contra lei ou atos normativos que entraram em vigor em data anterior à promulgação da atual Constituição. No caso em tela, refere-se a ADPF nº 54, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Saúde do Brasil.

²⁸⁴ O aborto é qualificado como crime segundo o atual Código Penal brasileiro, havendo somente duas excludentes de penalidade: 1) em caso de risco de morte para a mulher e 2) quando a gravidez for resultante de estupro.

Nessa ocasião o autor solicitou o deferimento de uma liminar para que de imediato fosse autorizado o aborto de fetos anencéfalos. A liminar foi concedida por um dos ministros da Suprema Corte, contudo vigorou por apenas 4 meses, pois quando o caso foi levado ao plenário, os sete dos onze ministros, negaram a liminar, proibindo, então, até o julgamento final do mérito, o aborto de fetos anencéfalos.

Os argumentos pela cassação foram de duas ordens, isto é, por questões processuais e por valores morais. Sobre esse último aspecto, nos chama a atenção o voto do então Juiz Cezar Peluso. A sua decisão é curta, mas fortemente marcada por certa argumentação jurídica mesclada com alguma metafísica teísta.

Nesse diapasão, destaca o Ministro: “o direito não tem como mister banir o sofrimento da terra, pois ele é conatural à condição humana. Cabe a ele sim repelir sofrimentos injustos, provocados na convivência em sociedade, do que no caso não se trata, pois, como afirma a ciência, a anencefalia não está relacionada a factores genéticos, sociais ou ambientais. O que pode provocá-la? Talvez a Providência Divina [...] não me convence o argumento de que o feto anencéfalo seja um condenado à morte. Todos o somos, todos nascemos para morrer. A duração da vida é que não pode estar sujeita ao poder de disposição das demais pessoas [...]”.²⁸⁵

Não nos interessa o conteúdo da decisão, mas o sentido em que foi empreendida, em que foi construída. Talvez, o magistrado, não satisfeito com que as limitações impostas pela razão pública, utiliza, explicitamente argumentos morais para fundamentar a sua decisão.

Ora, o que nos parece é que mesmo em factos diferentes, o mérito dessas discursões, tanto do aborto para pesquisa de células-tronco como em casos de fetos anencéfalos, exige que se analisem as controvérsias morais e religiosas sobre o momento em que o indivíduo passa a existir. Assim, e aqui tomamos emprestado novamente as lições de Sandel, o argumento que permite as pesquisas com células-troco ou o aborto de fetos anencéfalos não se mantêm neutro à controvérsia moral e religiosa sobre, exactamente o seu mérito, “o momento em que tem início a vida humana”.²⁸⁶

Mas então como o paradigma principal da razão pública deve se comportar em situações análogas?

²⁸⁵Cfr. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *ADPF n° 54*. Brasília: online Portal de Processo do STF, 05 mar., 2011.

²⁸⁶Cfr. SANDEL, Michael, *Justiça: O que é fazer a coisa certa?* Trad.: Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 6ª Ed., Rio de Janeiro: 2012, p. 313.

Atento a sutileza desse problema assustador, Rawls, simplesmente, estipulou que uma característica essencial da razão pública é a de que seu conteúdo, a menos que seja completo, “não é uma estrutura adequada de pensamento à luz da qual possa ser levada a cabo a discussão das questões políticas fundamentais”.²⁸⁷

Sob esta condição, razão pública é, por definição, adequada para “dar uma resposta razoável para todos ou a quase todas as questões que envolvam fundamentos constitucionais e questões de justiça básica”.²⁸⁸

Contudo, Smith afirma que esta disposição parece não conseguir resolver o problema do mundo real e dessa forma a razão pública vai deixar muitas questões vitais não resolvidas (*porque, por estipulação, ao que parece, “razão pública” não pode falhar na medida em que caminha*), mas a razão pública assim definida não existe.²⁸⁹

A seguir a risca então as regras da Razão Pública de Rawls, os Tribunais Constitucionais parecem estar com um grave problema e Waldron enxerga essa situação assim: “o motivo alegado de “dar razões” associadas com os tribunais é uma fraude, pois o que os tribunais chamam de “dar razões” é uma tentativa de construir, desesperadamente, analogias, em forma de prosas do século XVIII, entre a presente decisão que estão enfrentando e outras que podem ter chegado antes delas (no qual já estavam engajados em contorções similares), e todo o tempo, as verdadeiras questões em jogo, [por não encontrar uma verdade moral substancial], são empurrados para as margens. Eles tecem essas questões, normalmente, até um parágrafo ou dois dos vinte ou mais páginas dedicadas a um parecer, e mesmo assim os problemas raramente são diretamente dirigidos”.²⁹⁰

Portanto, a tentativa de dissociar os argumentos de justiça e direito dos argumentos da vida boa é equivocada por duas razões, segundo Sandel: “primeiro porque nem sempre é possível decidir questões sobre justiça e direitos sem resolver importantes questões morais; segundo porque, mesmo quando isso for possível, pode não ser desejável”.²⁹¹

Haja vista todo o exposto, sentimo-nos prontos para adentrar na reta final de nossa análise crítica, todavia, muito mais convictos de que agora podemos apresentar as razões principais que, principalmente, justificam a nossa proposta inicial, ou concede compreensão

²⁸⁷ Cfr. RAWLS, John, *O liberalismo político*. Trad.: Álvaro de Vita, 1ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 539.

²⁸⁸ Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 540.

²⁸⁹ Cfr. SMITH, Steven, *The disenchantment of secular discourse*. Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press, 2010, p. 8, p. 16.

²⁹⁰ Cfr. WALDRON, Jeremy, *Public Reason and “Justification” in the Courtroom*. In: *Journal Law Philosophy and Culture*, Vol. I, Number I. Washington: online CLPC, 2007. P, 131.

²⁹¹ Cfr. SANDEL, Michael, *Justiça: O que é fazer a coisa certa?* Trad.: Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 6ª Ed., Rio de Janeiro: 2012, p. 312.

ao propósito de empreender uma análise crítica sobre a ideia de razão pública em John Rawls. Tendo dito isto passemos então para os contornos de uma fundamentação válida do Direito e a necessidade de retomarmos o exercício do discurso crítico do Direito.

A necessária conexão entre Direito e moral que defendemos releva, no limite, do facto de o Direito só se possibilitar porque reconhecido como moralmente autoritário ou como válido por referência à parametrização moral interiorizada pelos participantes de uma comunidade.

[...]

A parametrizadora sabedoria ocorrida na identidade validante – a mesma a que “não estamos em posição de renunciar” [...] – é a parametrizadora sabedoria ocorrida no Ser enquanto “princípio da perfeição na natureza humana”.

Luís Pedro Pereira Coutinho.

5. Do fundamento de validade do Direito.

Na fase final de nosso trabalho crítico, deslocamo-nos agora, sistematicamente, para buscar uma resposta compreensível ao problema proposto em sede introdutória (e parece ser este o propósito final da análise crítica), ou seja, é possível encontrarmos na ideia de razão pública de John Rawls, uma via de validade fundamental diante da atual norma jurídica no quadrante ocidental? Ou seja, é possível acedermos ao Direito como Direito por intermédio do ideal rawlsiano?

Deixemos claro, antes de iniciarmos a nossa busca por respostas, que não é nossa pretensão comprometermo-nos, explicitamente, com qualquer doutrina que se apresente como válida ao fundamento do Direito, muito menos fazer uma defesa de qualquer uma dela, seja de caris *jusnaturalista* ou positivista, seja em Aquino, Kelsen ou Hart, ou em qualquer outra que assim se apresente, até mesmo como uma nova proposta como sugere Radbruch. Absolutamente não é essa a nossa pretensão.

O que propomos é apenas a utilização da experiência que a história do direito nos proporciona e das exigências do discurso crítico *jusfilosófico*, para verificar se os contornos da ideia de razão pública se enquadram no modelo normativo do espaço geográfico que nos interessa e se estamos dispostos a aceitá-la como fonte de validade jurídica, levando em consideração, também, nossos enquadramentos comunitários ou morais, conforme observamos na crítica aplicada da filosofia comunitarista.

É óbvio, e não podemos negar isso, que em certa medida prevalecerá uma qualquer corrente que se admita válida como fundamento do Direito, mas, para já, não adentraremos nesse mérito ou não nos filiaremos, explicitamente, a alguma dela, o que de maneira alguma

invalida nossa proposta, pois afirmamos mais uma vez que nos valeremos da experiência histórica válida e de nossos próprios enquadramentos morais que, pelo que nos parece, não estamos dispostos a renunciá-los.

A ser assim, em busca de nosso desiderato, sugerimos abordar ainda, mesmo que sucintamente, dois novos pontos, quais sejam: os nossos inescapáveis enquadramentos morais e um compromisso assumido pelas normas fundamentais com as verdades *de per se* evidentes previstas na Declaração de Independência da América, tornando-as juridicamente válida.

5.1. Dos parâmetros que validam o Direito.

Parece-nos viável, preliminarmente, que ao propormos uma discussão sobre o fundamento de validade da norma ou do Direito, devemos indagar, conforme as lições de Miguel Reale, “*a validade da validade*”, principalmente, em seus dois aspectos: o ético e o histórico-social. Mas, a ser assim, fica claro que não será possível, cuidar do fundamento, assim como da própria vigência do direito, com a perda do sentido axiológico que faz com que a questão se situe no âmbito exclusivamente do que é justo ou correto e não no que é moral ou de valor do bem.

Essa afirmação parece ganhar forte respaldo quando passamos a analisar dois aspectos de grande interesse ao fundamento de validade, ou seja, quando nos referimos aos nossos inescapáveis enquadramentos morais e a experiência normativa dos Estados Unidos da América.

Começemos então pelo primeiro aspecto sugerido, mas para tanto retomemos o pensamento exposto nas ideias preliminares sobre a evolução do discurso *jusfilosófico* e, por intermédio dela, verifiquemos se os enquadramentos morais inerentes ao homem estão em sede de renúncia e se o surgimento de um parâmetro normativo válido pode advir, necessariamente, desse mesmo enquadramento.

Preliminarmente, essas questões parecem tomar forma quando observamos e apreendemos as lições de Alasdair MacIntyre a respeito de uma “*concepção narrativa do indivíduo*”, ou seja, segundo o Autor, “os seres humanos são seres que contam histórias [...] por isso vivemos em uma jornada narrativa. “Só posso responder à questão: o que devo fazer?

Se antes puder responder a outra pergunta: de que história eu faço parte?” Em que cultura me identifico.²⁹²

Ora, ainda segundo MacIntyre, isso tudo significa que quando estamos diante de vários caminhos a seguir na vida e devemos escolher um deles, sempre tentaremos descobrir qual dará mais sentido aos nossos enquadramentos morais ou comunitários e a tudo aquilo que consideramos mais importante para nossa vida. Por isso, “a deliberação moral tem mais a ver com a interpretação da história da minha vida do que com o exercício da minha vontade”.²⁹³

A ser assim, “jamais poderemos buscar o bem ou praticar a virtude apenas como indivíduo isolado ou autônomo [emancipado moralmente] [...], pois somente entenderemos a narrativa da nossa vida se puder vê-la como parte das histórias das quais fazemos parte”²⁹⁴, pois “o homem sem cultura [sem história] é um mito. A nossa natureza biológica certamente impõe constrangimentos a uma qualquer possibilidade cultural; mas o homem que não tenha nada, a não ser uma natureza biológica, é uma criatura da qual não sabemos nada”.²⁹⁵

Portanto, para MacIntyre, assim como para Aristóteles, o aspecto narrativo, ou teleológico, da reflexão moral, está ligado à condição de membro pertencente ao grupo do qual fazemos parte e que não estamos dispostos a abrir mão disso.²⁹⁶

Não muito distante desse pensamento, encontramos Taylor que, com outros argumentos, ainda é mais enfático em relação a importância dos enquadramentos morais que adquirimos ao longo da vida, reconhecendo-os como “valores inerentes ao homem” e que lhes são inescapáveis.²⁹⁷

Em Taylor, uma parametrização moral centrada no valor dos homens, por certo, não se localiza somente no nosso espaço geográfico, mas é de abrangência universal e que por isso não se reduz a um mero factor psicológico-instintivo de respeito ao homem e nem pode ser

²⁹²Cfr. MACINTYRE, Alasdair, *After Virtue: A Study In Moral Theory*. 3ª Ed., Notre Dame, Indiana: University of Notre Dame Press, 2007, p. 201.

²⁹³Cfr. MACINTYRE, Alasdair, ob. cit., p. 274.

²⁹⁴Cfr. MACINTYRE, Alasdair, ob. cit., p. 274.

²⁹⁵Cfr. MACINTYRE, Alasdair, ob. cit., p. 160-161.

²⁹⁶“Todos abordamos nossas circunstâncias como portadores de uma determinada identidade social. Sou filho ou filha de alguém, primo ou tio de alguém; sou cidadão dessa ou daquela cidade, membro de uma agremiação ou parte de uma categoria profissional; pertencemos a esse clã, àquela tribo, a determinada nação. Portanto, o que for bom para mim deve ser bom para alguém que pertence a essas classes. Como tal, herdei de minha família, minha cidade, minha tribo, minha nação uma série de deveres, tradições, expectativas e obrigações legítimas. Essas condições constituem o que me foi dado na vida, meu ponto de partida moral. Isso é, em parte, o que confere à minha vida sua especificidade moral. Cfr. SANDEL, Michael, *Justiça: O que é fazer a coisa certa?* Trad.: Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 6ª Ed., Rio de Janeiro: 2012, p. 274.

²⁹⁷Cfr. TAYLOR, Charles, *Source of the Self: The making of Modern Identity*. Massachusetts: Harvard University Press, 1989, p. 1-3.

renegado, ao menos que, como afirma Taylor, nasça um “indivíduo excepcional de tipo novo, um Super-Homem descomprometidamente neutro”²⁹⁸.

Interpretando Taylor, Pereira Coutinho assevera que essa mesma parametrização moral reflete um “dato antropológico insuperável”, ou seja, “a identidade dos homens, o seu sentido de orientação no mundo, não se define senão por via da sua orientação em relação ao bem [que lhe precede]. Para os homens, e ainda que sejam múltiplas as alternativas observáveis nas sociedades humanas, é impossível viver sem enquadramentos ou parâmetros morais nos quais estes definam o respeito que dedicam aos outros seres humanos, aquilo que consideram conferir-lhes dignidade e aquilo que consideram uma vida com sentido”.²⁹⁹

Portanto, viver sem enquadramentos morais, nas palavras de Taylor, é completamente impossível, tendo em vista os argumentos a cima traçados, bem como as fortes concepções de bem que cercam o homem e que dão sentidos a sua vida.³⁰⁰

Importante salientar, ainda na esteira de Taylor, que esses mesmos parâmetros morais, onde podemos encontrar “a nossa orientação em relação ao bem” e assim a nossa identidade no mundo, estão sempre, de alguma forma, ligados a uma ordem externa, ou seja, a uma qualquer concepção filosófica, religiosa ou moral, que influencia o homem quando inserido, comunitariamente, em algum desses contextos.

Dito isto, e já aqui adentramos na nossa segunda sugestão de argumento, essa mesma parametrização moral adquirida e inescapável é que projetará a norma jurídica, ou seja, passamos a apreender uma normatividade moralmente parametrizada.³⁰¹

Envolvido por essa premissa e, assim, “apercebendo-se da imprescindibilidade de referência a uma fundação religiosa”³⁰², Locke, conforme vimos no capítulo inicial, assume os direitos naturais do homem por intermédio de uma parametrização moral centrada na “ideia

²⁹⁸ Cfr. TAYLOR, Charles, ob. cit., p. 11-27. Interessante notar nesse aspecto a transcrição que Pereira Coutinho fez do *Estrangeiro* de Sartre, onde lembra o homem que transcende todos os horizontes qualitativos, mais precisamente, [...] “sabemos que Mersault, o herói que não é moral nem imoral”. Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, *A autoridade Moral da Constituição: Da fundamentação da validade do Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 67.

²⁹⁹ Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, ob. cit., p. 66.

³⁰⁰ Na íntegra, complementamos o raciocínio de Taylor: “[...] os fortes horizonte que a vida nos proporciona e que dão sentidos a nossa vida, envolvem fortes pressupostos qualitativos [...] e viver no quadro de “*horizontes qualitativos fortes*” é constitutivo da agência humana; transcender estes limites implica transcender aquilo que o mundo reconhece como uma personalidade humana integral, ou seja, não lesada”. Cfr. TAYLOR, Charles, *Source of the Self: The making of Modern Identity*. Massachusetts: Harvard University Press, 1989, p. 27.

³⁰¹ A esse respeito, Pereira Coutinho, cita Taylor assim: [...] “aquele que, sendo integralmente destituído de parâmetros morais, é totalmente incapaz de compreender aquilo a que se encontra normativamente obrigado, não é verdadeiramente um homem, mas o paradigma literário de uma “profunda crise de identidade”, de uma inerente situação de total desorientação”. Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, *A autoridade Moral da Constituição: Da fundamentação da validade do Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 67.

³⁰² Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, ob. cit., p. 68.

de igualdade fundamental entre os homens”.³⁰³ E isto parece ficar claro quando essa mesma parametrização moral do homem lockeano se projeta, política e juridicamente, “a partir da Revolução Americana, nos termos expressos da Declaração de Independência dos Estados Unidos, e que [indubitavelmente] “inspira hoje as ordens constitucionais subordinadas ao ideário da Declaração Universal dos Direitos do Homem”.³⁰⁴

Interessante, pois, sublinhar agora, é que quando Locke revela aquele homem natural que é guiado pelos seus sentidos e razão – aceitando com “humildade a natureza que Deus lhe deu”³⁰⁵ – “releva um homem que já interiorizou a parametrização moral cristã. Não releva um homem rigorosamente “natural” que se mova segundo *estritas* inclinações naturais [...] pois, o que estará em causa [agora é] um Cristianismo interiorizado – Inspirado em [Aquino] e Espinosa – isto é, um Cristianismo apreendido pelo homem e moldador da sua própria humanidade. Já não um Cristianismo [meramente] subordinante, porque temido por um homem inquieto relativamente ao destino da sua alma, o qual tenha a virtualidade de o subordinar a “elites inescrupulosas” que o façam temer por esse mesmo destino e lhe imponham um correspondente preço de obediência”.³⁰⁶

Nesta perspectiva, portanto, em Locke, o homem não poderia mais deixar-se dominar “pelos seus medos, pelas suas superstições, pela sua passibilidade de servilismo a elites não escrupulosas”³⁰⁷, que se arroguem, por exemplo, um qualquer direito divino de governar”. Mas, para honrar e obedecer o *Ser* divino, “impõe-se-lhe que projete politicamente *um estado “natural” de “perfeita igualdade” ou igualdade fundamental*”, concordante com a originária parametrização moral cristã”.³⁰⁸

Estas ideias parecem ficar evidentes, sobretudo, na afirmação de verdade *de per se evidentes* da Declaração de independência dos Estados Unidos, pois ali se refletem perfeitamente “uma conceptualização [lockeana] na qual o homem que se projeta politicamente por via do contrato fundador [constitucionalismo americano] não é senão um

³⁰³ Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, *A autoridade Moral da Constituição: Da fundamentação da validade do Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 68.

³⁰⁴ “Com efeito, é aquela parametrização que se projecta em ordens constitucionais que reconhecem direitos: estes últimos, enquanto “articulações de igualdade” ou “formulações de igualdade”, correspondem precisamente a posições reconhecidas em razão de uma “igualdade fundamental de todos na humanidade comum”. Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, ob. cit., p. 68-69.

³⁰⁵ Cfr. TAYLOR, Charles, *Source of the Self: The making of Modern Identity*. Massachusetts: Harvard University Press, 1989, p. 242.

³⁰⁶ Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, ob. cit., p. 34-35.

³⁰⁷ Cfr. TAYLOR, Charles, *Souces of the Self: The making of Modern Identity*. Massachusetts: Harvard University Press, 1989, p. 236.

³⁰⁸ Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, *A autoridade Moral da Constituição: Da fundamentação da validade do Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 35.

homem que interiorizou como sua a fundamentalmente igualitária parametrização moral cristã e que, precisamente, nessa medida, reconhece como tais “verdades *de per si evidentes*”³⁰⁹, conforme assim dispostas na Declaração que a transcrevemos do original: “When in the Course of human events, it becomes necessary for one people to dissolve the political bands which have connected them with another, and to assume among the powers of the earth, the separate and equal station to which the Laws of Nature and of Nature's God entitle them, a decent respect to the opinions of mankind requires that they should declare the causes which impel them to the separation. We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit to Happiness”.³¹⁰

Portanto, o que se apreende tanto da Declaração, como das conceptualizações lockeana, é a configuração de uma Lei natural, cujo conteúdo se expressa com os homens se reconhecendo fundamentalmente iguais e não licenciosamente livres – “corresponde inequivocadamente a um enquadramento teológico, sendo essa a “lei” interiorizada pelos homens cristãos”.³¹¹

Mais tarde, essa mesma parametrização moral, que se refletem uma bem-sucedida revolução americana, torna-se normativamente fundamental para o processo fundacional da América. Ora, como muito bem ensinou Arendt, citada por Pereira Coutinho, o espírito lockeano, que se incorpora nos textos de Declaração, ilumina a “consciência dos homens, de modo a que este se torne receptivo a uma voz interior que continua a ser a voz de Deus”.³¹²

Com efeito, e de resto, o sucesso da Revolução Americana “foi decidido no momento exato em que a Constituição começou a ser venerada”³¹³, no momento em que o povo americano [...] exerceu a “força” de se sujeitar à sua Constituição, fazendo-o com base na sua crença nas “verdades de *per si evidentes* da Declaração de Independência - com efeito, e ainda nas palavras de Arendt, as verdades que assim passam a iluminar a consciência dos

³⁰⁹ Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, ob. cit., p. 20.

³¹⁰ Cfr. ARCHIVES, National - U.S, *The Declaration of Independence: A Transcription*. In: The Charters of freedom. Washington D.C: online in National Archives – USA.gov, 2013.

³¹¹ Como muito bem salientou Pereira Coutinho, estes termos previstos como “direitos naturais a vida, liberdade e propriedade”, nada tem a ver com as bases que os liberais burgueses ou contemporâneos imputaram a essa ideia. “Precisamente porque o homem, em estado de natureza, se parametriza numa fundamentalmente igualitária ética cristã, onde a *liberdade e propriedade* constituem, conforme Locke, em direitos genericamente “altruísticos”. Com efeito, os direitos naturais reflectem uma *concepção normativa* e não uma *concepção individualista ou libertária*. Reflectem um enquadramento valorativo, *configuram-se como os direitos que homens que interiorizaram tal enquadramento, que internalizaram* os correspondentes limites, se reconhecem mutuamente”. Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, ob. cit., p. 36-41.

³¹² Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, ob. cit., p. 316.

³¹³ Cfr. ARENDT, Hannah, *Sobre a Revolução*. Trad.: Denise Bottmann. São Paulo: Companhia da Letras, 2011, p. 246.

homens da Revolução Americana [...] não são senão as verdades de *per si evidentes* da declaração da independência³¹⁴. Assim em obediência à “*autoridade que o ato da fundação implicava em si*”, reconhecendo-a projetada na sua Constituição”.³¹⁵

Mesmo consciente de que a fundação americana releva do “único elemento da religião tradicional cuja utilidade política como instrumento de governo estava para além de qualquer dúvida”, “não estamos em posição, conclui Arendt, citada por Pereira Coutinho, segundo parece, de entrar em conflito com a sabedoria política” dos fundadores americanos, nem de renunciar à sua “luz”, [pois] “tivemos ampla oportunidade de observar o crime político [durante a segunda guerra], numa escala sem precedentes, cometido por pessoas que se tinham libertado de todas as crenças”.³¹⁶

Ainda no contexto americano e corroborando com tudo que foi dito até aqui, outro ponto que merece destaque é exatamente a formação das instituições democráticas na América, em que podemos, também, afirmar corretamente, que as verdades previstas na sua Declaração de Independência, além de não firmar um conhecimento moral arbitrário, foi espelho refletor para a formação e respeito a essas mesmas instituições.

Nesta configuração, pelo que nos parece, estamos plenamente guardados nos relatos de Tocqueville, que não poderia ter sido mais claro, quando afirmou que foi sob a “ótica” da “religião” que os “habitantes dos Estados Unidos” encararam as suas instituições democráticas³¹⁷, ou seja, segundo esse Autor, citado por Pereira Coutinho, a igualdade que constituiu o *espírito da Democracia na América* foi, senão, “uma parametrizadora igualdade, *apreendida em sede religiosa*, que se manifesta num mútuo reconhecimento de liberdades virtuosas ou em correspondentes instituições democráticas, tidas estas como “campo entregue pelo Criador aos esforços da inteligência”.³¹⁸

³¹⁴Essas verdades “aliam de forma única do ponto de vista histórico, a base do acordo [...] com uma verdade que não tem necessidade de qualquer acordo, pois que, devido à sua própria evidência, é compulsiva sem demonstração argumentativa ou persuasão política. Em virtude da sua evidência própria, estas verdades são pré-racionais – informam a razão, mas não são produto dela – e a partir do momento em que a sua evidência própria as coloca para além do discurso e do argumento, não são, de certo modo, menos compulsivas que o poder despótico”. Cfr. ARENDT, Hannah, *Sobre a Revolução*. Trad.: Denise Bottmann. São Paulo: Companhia da Letras, 2011, p. 237.

³¹⁵Desta feita, a Declaração de Independência, quando firmou algumas “verdades” como “evidentes de *per si*” não firmou um conhecimento moral arbitrário. Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, ob. cit., p. 69 e 316.

³¹⁶Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, *A autoridade Moral da Constituição: Da fundamentação da validade do Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 316.

³¹⁷Sobre esses habitantes, Tocqueville não sabe “se todos eles possuem fé na sua religião”, mas tem certeza de que a julgam necessária para a conservação das instituições republicanas. Cfr. TOCQUEVILLE, Alexis, *A Democracia na América*. Trad.: Eduardo Brandão, 2ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 343.

³¹⁸Deste modo, recorrendo às lições de Loewenstein, também citado por Pereira Coutinho, foi na religião que, segundo Tocqueville, os americanos teriam forjado a “ideologia” que as suas instituições políticas projectaram, ou seja, o que Tocqueville afirma é que “as “instituições republicanas” correspondentes à democracia na

Na verdade, “é activada uma parametrização moral que se projecta em direitos”³¹⁹ e que reflecte, [indubitavelmente], na nossa cultura jurídica atual, como respeito fundamental pelos homens, a “única fonte de autoridade, da qual a Constituição americana deriva a sua legitimidade”.³²⁰

Este reflexo parece não ter respingado somente na Constituição de Bona, na Alemanha, no pós-guerra, que no seu preâmbulo reconhece, explicitamente, o seu compromisso perante Deus e perante os homens,³²¹ mas também na própria Declaração Universal dos Direitos do Homem, que pode ser considerada como uma das principais fontes para, se não todas, mas para a maioria das novas normas fundamentais no quadrante ocidental.

Parece-nos, portanto, que com segurança podemos afirmar que “somos seres cuja identidade releva de uma parametrizadora orientação em relação ao bem, à qual não conseguiremos escapar enquanto “agentes humanos”³²², o que, invariavelmente, irá influenciar directamente no processo fundador de uma norma jurídica moralmente válida.

5.2. A ideia de Razão Pública e o Fundamento do Direito.

O que nos importa desde já, agora induzidos pela análise crítica prévia feita no capítulo 4 e pelas duas razões dispostas no sub-capítulo 5.1, é encontrar uma resposta satisfatória a questão de início e detectar se há viabilidade em considerar os contornos da ideia de razão pública como fonte de normatividade ou de uma juridicidade válida, sendo que levaremos, essencialmente, em consideração a forma como a razão pública estabelece uma ordem jurídica ou política e como ela enxerga o *ser* diante desta ordem.

América seriam impensáveis se não lhes encontrasse subjacente uma sociedade religiosamente consolidada, ou seja, uma sociedade aglomerada em torno de “crenças sobre a natureza de Deus, da alma, das obrigações dos homens entre si e para com o grande conjunto que é o Estado, do qual os homens fazem parte”. Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, ob. cit., p. 88.

³¹⁹ Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, *A autoridade Moral da Constituição: Da fundamentação da validade do Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 69-70.

³²⁰ Cfr. ARENDT, Hannah, *Sobre a Revolução*. Trad.: Denise Bottmann. São Paulo: Companhia da Letras, 2011, p. 239.

³²¹ “A constituição de Bona - como as restantes Constituições europeias do pós-guerra - conhece uma radicação moral, emerge de uma “tomada de consciência. Assim, num sentido não diferente do americano, e de nenhum modo menos revelador, a fundação de uma nova ordem política reportou-se originariamente a um parametrizador “princípio”, a uma “visão holística da dignidade humana.” [...] “Assim, o exercício que Arendt formula a respeito do “sucesso da Revolução Americana” - enquanto decidido no momento em que um povo, que historicamente nunca havia constituído um Povo, exerce a “força” de se sujeitar à sua Constituição, fazendo-o a partir da sua crença nas “verdades de per si evidentes” da Declaração de Independência - é o mesmo exercício que ilumina a experiência constitucional alemã do pós-guerra. Tal como no caso americano, o que verdadeiramente foi promovido à “categoria de lei superior” foi a “luz da razão, uma razão em que os homens se representam como “criados iguais” ou iguais em dignidade”. Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, p. 325, 327 e 328.

³²² Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, ob. cit., p. 72.

Para tanto, retomemos as lições de Rawls e comecemos pela perspectiva de que a razão pública, em resumo, tem como objeto principal fornecer uma base pública de justificação que resolva apenas questões políticas ou jurídicas e, dentro destas, apenas as relativas à essência da Constituição (Direitos fundamentais) e a direitos básicos (tais quais previstos no segundo princípio de *Uma Teoria da Justiça*).

Essa mesma base pública de justificação tem como conteúdo ou como ordem jurídica uma concepção de justiça objetiva, denominada de “*concepção política de justiça*”, que procura refletir, senão todas, mais a maioria das doutrinas abrangentes razoáveis, para que quando o cidadão adentre na esfera pública, para deliberar as questões ditadas acima, ele possa, sem “pesos de infidelidade”, abrir mão de suas doutrinas abrangentes e utilizar somente essa concepção de justiça política.

A ideia em si, busca conciliar de forma igualitária um pluralismo que é fruto saudável de uma democracia liberal, mas que, segundo Rawls, é irreconciliável e por isso necessita ser regulado por uma concepção de justiça política (por isso política e não metafísica), que não reconhece uma autoridade moral (por isso não considera as mais amplas verdades de doutrinas morais), que seja objetiva (por isso se prioriza o justo sobre o bem) e que esteja disposta a alcançar o consenso sobreposto, sob pena de prevalecer à intolerância de doutrinas que estiverem em maioria no poder público e, conseqüentemente, uma injusta distribuição de liberdade, de oportunidade e de bens disponíveis.

A proposta rawlsiana, resumida em três parágrafos, parece compreensiva e salutar, todavia, aos nossos olhos, inviável como fundamento válido do Direito, pois além de dispor de apenas uma ordem jurídica (a concepção política de justiça), que é neutra e objetiva, para alcançar consenso em questões fundamentais, faz nascer um homem disposto a renunciar seus enquadramentos morais para discutir, exatamente, questões, também, de profundo compromisso ético-moral.

Inviável, portanto, primeiramente porque não reconhece outra validade ou outros critérios de validades distintos dos que ela mesma define pela sua operatória metodológica, pois, conforme aponta Pereira Coutinho, na ausência de uma resposta comum as “questões últimas”, para Rawls, parece que uma comunidade plural não será tão-pouco possível, inviabilizando, então, uma qualquer existência social e política³²³, pois já não há outras hipóteses de regulação que não seja por intermédio da Razão Pública.

³²³ Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, *A autoridade Moral da Constituição: Da fundamentação da validade do Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 140 -141.

Depois, almejar uma ordem política ou jurídica que se apresente como neutra ou descomprometida com as verdades morais, parece não ser minimamente possível e nem desejável. Ora, como bem afirmou Miguel Reale, o problema do fundamento de validade do direito, no plano filosófico, resolve-se pelo que se “entende como o valor ou o complexo de valores que legitimam uma ordem jurídica, dando a razão de sua obrigatoriedade”³²⁴, ou seja, “existe sempre um valor iluminando a regra jurídica, como fonte primordial de sua obrigatoriedade. Todo o ordenamento jurídico de um povo origina-se de valores, e deles recebe seu sentido e significado”³²⁵. E a ser assim, se tirarmos, por exemplo, do Direito Constitucional a força axiológica que o sustenta, “será impossível compreender satisfatoriamente as questões da sua *normatividade*”³²⁶.

E isto que afirmarmos parece ter ficado muito claro quando da exposição da experiência americana, onde as verdades que iluminaram a consciência dos homens daquela Revolução – as verdades *de per se* evidentes, em primeiro lugar, a de que todos os homens são criados iguais, foi exatamente a que lhes proporcionou, mais tarde, ordens jurídicas de tamanha grandeza e reconhecimento.³²⁷

De tamanha grandeza e reconhecimento porque, além de outros motivos, no decurso da história não perdeu o seu sentido axiológico, muito pelo contrário, mesmo encontrando momentos de traições, permaneceu firme a perspectiva moral assumida na Declaração de independência e por intermédio dela é que suplantou os retrocessos impostos à sua cultura jurídica.³²⁸ Neste caso, como bem asseverou Pereira Coutinho, estamos perante “*atualizações*

³²⁴Cfr.REALE, Miguel, *Filosofia do Direito*. 20ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 594.

³²⁵Cfr.REALE, Miguel, ob. cit., p. 594.

³²⁶Cfr. REALE, Miguel, ob. cit., p. 594.

³²⁷Sobre esse aspecto, interessante notar o ensino de Arendt, citada por Pereira Coutinho, quando afirma que essas verdades “aliam de forma única do ponto de vista histórico, a base do acordo [...] com uma verdade que não tem necessidade de qualquer acordo, pois que, devido à sua própria evidência, é compulsiva sem demonstração argumentativa ou persuasão política. Em virtude da sua evidência própria, estas verdades são pré-racionais – informam a razão, mas não são produtos dela – e a partir do momento em que a sua evidência própria as coloca para além do discurso e do argumento, não são, de certo modo, menos compulsivas que o poder despótico”. Isto, depois de termos tido “ampla oportunidade” de observar o “crime político numa escala sem precedentes”(2ª Guerra Mundial) cometido por homens pretensamente “libertos de todas as crenças”.Cfr. ARENDT, Hannah, *Sobre a Revolução*. Trad.: Denise Bottmann. São Paulo: Companhia da Letras, 2011, p. 236-240 e Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, ob. cit., p. 122, 315-316.

³²⁸Essas traições ou retrocessos, todas imbuídas em suplantar o verdadeiro sentido da Revolução de 1778, referem-se a permissão da escravatura e a assumida posição madisoniano *esprit de corps*, ambas combatidas pelas duas mais profundas transformações que ocorreram, ao longo da história, na Constituição Americana, ou seja, respectivamente, a Reconstrução e *New Deal*. A Reconstrução acontece após a Guerra Civil, momento em que foram introduzidos os 13º e 14º aditamento ao texto de 1787, os quais “codificaram o sentido da vitória da União. Tal sentido encontra-se na *abolição da escravatura, no significado prioritário da cidadania federal sobre a cidadania estadual e na oponibilidade aos Estados Federados dos “privilégios e imunidades” garantidos pelo Direito Federal*”. A transformação do *New Deal* referiu-se: a superação de um modelo de mínima intervenção estatal e de uma inerente cultura de *laissez faire* que se “considerava ancorada na normatividade constitucional”; a um alargamento significativo dos poderes da Federação e uma “eventual redefinição do significado da *judicial*

históricas de uma mesma *fundação* que, quando susceptíveis de *reconhecimento* ou de *legitimação*, a deixam *incólume* no que ao seu *cerne materialmente parametrizador* diz respeito. No que a sua *perspectiva moral* diz respeito”.³²⁹

Portanto, nessa mesma ideia que molda a sabedoria fundacional americana (a ideia contínua de Aquino e Locke), parece ser a que também transmite moralidade, e por isso validade, as normas, também, no quadrante ocidental, conforme verificamos. Ou seja, citando novamente Pereira Coutinho, se aceitarmos um norma centrada na igualdade fundamental entre os homens, e parece que a aceitamos em sede de Direitos Fundamentais - por exemplo o art. 5º da Constituição Federal do Brasil: “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]*”³³⁰ -, configuramos esses mesmos direitos, necessariamente, no âmbito de uma *teoria normativa*, em que “os direitos refletem uma parametrização moral que constitui a sua fonte – ocupando os mesmos um lugar derivado – e, inerentemente, uma base para a delimitação do seu âmbito”.³³¹

Dito isto, como não há Direito, por mais funcional que seja, “que subsista caso os homens não se lhe obriguem no âmbito da parametrização moral de que comungam”³³², então dificilmente se tornará válida uma norma que nasce, e assim se assume, de uma parametrização normativa ou de uma fundação política sem referência a uma qualquer tradição moral, filosófica ou religiosa, como pretende a ideia de razão pública em Rawls.

É bem verdade, e há quem diga que a razão pública não adota uma total neutralidade moral, o próprio Rawls, quando a defende, deseja que enxerguemos e aceitemos uma concepção política de justiça, nos termos e nos enquadramentos de nossas doutrinas morais, filosóficas e religiosas abrangentes, o que faz com que essa concepção seja também moral, ao ponto de a aceitarmos naturalmente, e não por mero *modus vivendi*, pois ela parece refletir as nossas convicções mais arraigadas. Similar, inclusive, a operatória normativa americana.

Ora, então, isto, por si, já é um poderoso conceito moral, mas, a nosso ver, o é até o momento em que Rawls insiste que nossas lealdades e apegos a convicções religiosas, filosófica e morais não deveriam ser a base de nossa identidade como cidadãos, ou seja, como bem afirma o Autor, ao adentrarmos no espaço público, para discutir questões de Direitos fundamentais e básicos, devemos deixar de lado nossas convicções morais e deliberar a partir

review, a partir de 1937 limitada a um princípio de *self-restraint*”. Cfr. COUTINHO, Luis Pedro Pereira, ob. cit., p. 382-394.

³²⁹ Cfr. COUTINHO, Luis Pedro Pereira, ob. cit., p. 392.

³³⁰ Cfr. BRASIL, *Constituição Federal do Brasil de 1988*. Org.: Valdemar da Luz, Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005, p. 578-579.

³³¹ Cfr. COUTINHO, Luis Pedro Pereira, ob. cit., p. 145.

³³² Cfr. COUTINHO, Luis Pedro Pereira, ob. cit., p. 538.

de uma “*concepção política de justiça*”, que se apresenta perante os demais como neutra, - produto de uma mecânica razoável e *racional-iluminista*, pois ela já vem pré-estabelecida pela “imposição” do “consenso de sobreposição” - mas que se diz refletora de nossas convicções morais. Portanto, não devemos, sob pena de invalidar nosso discurso, retomar as nossas convicções morais no espaço público, mas utilizar somente essa mesma concepção política de justiça que procura ser neutra e moral ao mesmo tempo. O que, aos nossos olhos, parece ser uma grande contradição.

Por óbvio, Rawls não admite essa contradição. Então suponhamos que a ideia de razão pública seja plenamente viável e passe a emitir normas, nos moldes de sua parametrização que é a sua *concepção política de justiça* formatada nos termos do construtivismo político. Claro está que o que teremos serão “*regras e medidas*” que, apesar de ter um “*eu*” moral, pois partilha verdades morais, mesmo que camufladamente, devem ser concebidas, vistas, entendidas e aplicadas pelo *ser* como moralmente desparametrizadas, sob pena de ser considerada intolerante, imparcial e instável social e politicamente.

Este segundo argumento crítico em relação à Razão Pública como fundamento de validade, ou seja, como deve se comportar o *ser* no espaço público, está intrinsecamente ligado ao primeiro argumento e, portanto, encontra-se não menos indiferente ao problema de validade do Direito, pois como muito bem apontou Pereira Coutinho, só há um significado válido do Direito quando o homem, imbuído de uma significação moral – a qual consubstancia a sua identidade – se verifique refletida, na norma de Direito, a significação moral “que haja interiorizado e que o ente é enquanto tal”.³³³

A ser assim, mais uma vez temos a nítida impressão que Rawls segue exatamente essa metodologia para justificar moralmente a sua ideia de Razão Pública, quando lhe concede o argumento do consenso sobreposto. Todavia, e também mais uma vez, e agora a tomar emprestado os argumentos de Dworkin, quando procuramos entender a ideia de Razão Pública no campo prático, somos levados, obrigatoriamente, na e para a política, a “anestesiarmos nossas convicções mais profundas e potentes sobre a fé religiosa, a virtude moral e como viver, isto é, que deixemos de lado nossas convicções éticas ao votar ou ao discursar política” [ou ao proferir uma sentença constitucional], sendo que essa solicitação, em que temos que dividir nossa própria personalidade, – solicitação vinculada à necessidade de oferecer a estabilidade que busca o Liberalismo Político – sem dúvida não é uma tarefa

³³³ Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, *A autoridade Moral da Constituição: Da fundamentação da validade do Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 642.

muito fácil. Isso, sobretudo, se considerarmos que em tais ocasiões teríamos que deixar de lado tudo aquilo que constitui a maior parte de nossa vida cotidiana”.³³⁴

Ao enxergar a razão pública dessa forma, nos parece, então, que o sentido de Direito que Rawls oferece em seu enquadramento normativo é semelhante aquele proposto em uma *Teoria*, ou seja, quando discutirmos questões de direitos fundamentais, devemos nos vestir com o “véu de ignorância”, sem saber, portanto, a quem nossas decisões devem afetar.

Diante desta suposição, abrimos um parêntesis e tomamos novamente as lições de MacIntyre, agora citado por Pereira Coutinho, e perguntamos a Rawls “se essa integralmente auto-determinada pessoa efetivamente existe ou se, pelo contrário, constitui uma mera “ficção” ou “aparência?””³³⁵ – Um desencarnado e dessubstantivado “herói”, em que, e aqui somos contributos a Iris Murdoch, “quão reconhecível, quão familiar nos é o homem retratado com tanta beleza na *Grundlegung*, que, nem mesmo comparável a Cristo, nos vira as costas para considerar o julgamento da sua própria consciência e para ouvir a voz da sua própria razão [...] esse homem ainda está connosco, livre, independente, só, poderoso, racional, [razoável], corajoso, o herói de tantas novelas e romances de filosofia moral”.³³⁶

Ora, como muito bem afirmou Sandel, pedir aos cidadãos democráticos que abandonem suas convicções morais e religiosas ao entrar na esfera pública pode parecer uma forma de garantir a tolerância e o respeito mútuo. Entretanto, na prática, pode ocorrer justamente o contrário, pois decidir sobre importantes questões públicas, tais quais aquelas sugeridas nos itens anteriores, fingindo uma neutralidade que não pode ser alcançada “é uma receita para o retrocesso e o ressentimento. Uma política sem um comprometimento moral substancial resulta em uma vida cívica pobre. É também um convite aberto a moralismos

³³⁴Cfr. DWORKIN, Ronald, *Life's Dominion: An argument about abortion, euthanasia and individual freedom*. New York: Vintage Books, 1993, p. 57 e 63. Diante desse mesmo contexto, citamos um exemplo sugerido por Sandel: “Durante a Segunda Guerra Mundial, membros da resistência francesa fizeram bombardeios aéreos sobre a França ocupada pelos nazistas. Embora tentassem atingir as fábricas e outros alvos militares, nem sempre conseguiram evitar a morte de civis. Um dia o piloto de um bombardeiro recebe ordens para atacar sua cidade natal. Ele pede para ser dispensado da missão. Ele sabe que bombardear sua cidade é tão necessário pra o objectivo de libertar a França quanto a missão que executou na véspera e sabe também que, se não o fizer, alguém o fará. Mas explica sua recusa com base no facto de que ele não pode atacar e quiçá matar a própria gente, seus companheiros. Ainda que a causa fosse justa, ele acha que realizar esse bombardeio, para ele, seria um erro moral”. Cfr. SANDEL, Michael, *Justiça: O que é fazer a coisa certa?* Trad.: Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 6ª Ed., Rio de Janeiro: 2012, p. 279.

³³⁵Cfr. MACINTYRE, Alasdair, *Whose Justice? Which Rationality?*. Indiana: University of Notre Dame Press, 1988, p. 3 e segs.

³³⁶Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, *A autoridade Moral da Constituição: Da fundamentação da validade do Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 134 e 135.

limitados e intolerantes. Os fundamentalistas ocupam rapidamente os espaços que os liberais têm receio de explorar”.³³⁷

Fechamos o parêntesis e voltamos novamente, de forma derradeira, ao problema do fundamento de validade do Direito.

Ora, pelo exposto, parece ficar claro que o tipo de formatação política da razão pública dificilmente caminhará junto com os nossos “*inescapáveis enquadramentos morais*”, pois, conforme observamos, uma comunidade onde os seus membros têm interiorizado um determinado parâmetro moral e que, segundo Arendt, não estão dispostos a renunciá-lo, mas os utilizará para legitimar e reverenciar uma ordem política que expresse, e não terá problemas em fazê-lo, uma Autoridade Pública moralmente constituída.

É evidente que, como acertadamente asseverou Pereira Coutinho, não é qualquer parametrização moral “*validante comunitariamente assumida* – qualquer decisão no sentido schmittiano do termo – que é susceptível de ser relevada como perspectiva validante ou legitimadora de uma normatividade de Direito enquanto normatividade de *Direito*”, mas uma normatividade que “só será autenticamente de Direito se reflectir uma eticidade que consubstancia a humanidade do homem”, portanto, “uma parametrização moral centrada na “igualdade fundamental de todos na humanidade comum” e que, concomitantemente, constitui fundamento de validade do Direito. Ou seja, *e nos exactos termos hegelianos, o mesmo “princípio fundamental” que constitui “essência do que torna o homem verdadeiramente homem” é fundação substantiva de todo o Direito*”.³³⁸

Mas por que seria desta forma que constituiríamos uma norma válida e por que, então, seria essa a parametrização moral que constitui o fundamento de validade do Direito? Ora, a resposta parece se encontrar exatamente no que apreendemos da experiência *histórico-político-jurídica* da América, pois, nas palavras de Hannah Arendt, citada também por Pereira Coutinho, “as verdades que assim passam a iluminar a consciência dos homens da Revolução Americana [...] não são senão as verdades *de per se evidentes* da declaração da independência

³³⁷Em um discurso de pré-campanha, Barack Obama, na sua primeira tentativa de se tornar Presidente dos Estados Unidos, parece agarrar a mesma percepção, o que se encaixa perfeitamente na nossa afirmação dita logo acima. Portanto, citado por Sandel, assim discursa Obama: “Os secularistas estão errados quando pedem aos crentes que deixem sua religião para trás antes de entrar na vida pública. Frederick Douglass, Abraham Lincoln, William Jennings Bryan, Dorothy Day, Martin Luther King – na verdade, a maioria dos grandes reformistas da história dos Estados Unidos – não somente eram movidos pela fé como frequentemente usavam a linguagem da religião para defender suas causas. Assim, dizer que homens e mulheres não deveriam levar sua “moral pessoal” para os debates sobre políticas públicas é um absurdo. Nossa lei é, por definição, uma codificação da moralidade, grande parte dela fundamentada na tradição judaico-cristã”. Cfr. SANDEL, Michael, *Justiça: O que é fazer a coisa certa?* Trad.: Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 6ª Ed., Rio de Janeiro: 2012, p. 296, 297 e 307.

³³⁸ Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, *A autoridade Moral da Constituição: Da fundamentação da validade do Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 540-542.

– em primeiro lugar, a de que todos os homens são “criados iguais””. [...] Essas verdades “aliam de forma única do ponto de vista histórico, a base do acordo [...] com uma verdade que não tem necessidade de qualquer acordo, pois que, devido à sua própria evidência, é compulsiva sem demonstração argumentativa ou persuasão política. Em virtude da sua evidência própria, estas verdades são pré-rationais – informam a razão, mas não são produtos dela – e a partir do momento em que a sua evidência própria as coloca para além do discurso e do argumento, não são, de certo modo, menos compulsivas que o poder despótico”. Isto, depois de termos tido “ampla oportunidade” de observar o “crime político numa escala sem precedentes” (2ª Guerra Mundial) cometido por homens pretensamente “libertos de todas as crenças”.³³⁹

Desta forma, o conteúdo histórico da Revolução Americana é, conscientemente, convertido em Revolução Americana como *significado* - que terá salvo a Revolução da “futilidade” inerente a uma mera “libertação” - , “cuja projecção reside numa “*Constitutio Libertatis*””.³⁴⁰

De resto, e tomando novamente as palavras de Arendt, só esta “luz” ou está “sabedoria” provinda das verdades *de per si evidente* da Declaração e que se situam em qualquer região superior e transcendente – e “não a Vontade de um qualquer Povo-com-P-maiúsculo – poderia constituir a “fonte suprema da qual [as leis têm] de ser derivadas, para serem investidas de autoridade e válidas para todos, para as maiorias como para as minorias, para as gerações presentes como para as futuras”.³⁴¹ “É que só essa “luz” poderia, quando interiorizada pelos homens, determiná-los a reconhecer como válidas as leis a que passariam a subordinar-se, legitimar a seus olhos essas mesmas leis, atribuindo-lhes *inquestionada* validade”.³⁴²

Portanto, a Declaração de Independência dos Estados Unidos, quando firmou algumas “verdades” como “evidentes de *per si*”, “não firmou um conhecimento moral arbitrário”. Na verdade, “é activada uma parametrização moral que se projecta em direitos”³⁴³ e que reflecte,

³³⁹ Cfr. ARENDT, Hannah, *Sobre a Revolução*. Trad.: Denise Bottmann. São Paulo: Companhia da Letras, 2011, p. 236-240 e Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, ob. cit., p. 122, 315-316.

³⁴⁰ Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, *A autoridade Moral da Constituição: Da fundamentação da validade do Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 310-312.

³⁴¹ Cfr. ARENDT, Hannah, *Sobre a Revolução*. Trad.: Denise Bottmann. São Paulo: Companhia da Letras, 2011, p. 225.

³⁴² Portanto, para esse Povo o fundamento último de validade do Direito foi assumir essa “sabedoria” em que todos reconhecem serem criados iguais e, a partir daí, comprometerem mutuamente as suas vidas, as suas fortunas e a sua honra sagrada na fundação de uma nova República. Ora, “a própria realidade do direito é inconcebível se não for concebida como expressiva desse fundamento”. Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, ob. cit., p. 313 e 543.

³⁴³ Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, ob. cit., p. 69-70.

na nossa cultura jurídica, como respeito fundamental pelos homens, a “única fonte de autoridade, da qual a Constituição americana deriva a sua legitimidade”.³⁴⁴

Por isso, se levarmos em consideração, e ressaltamos isso mais uma vez, a forma como Rawls concebe a sua ideia de razão pública – *nos termos do construtivismo político* - e a aplicarmos nos pressupostos filosóficos dos fundamentos de validade do direito, é possível encontramos, nas palavras de Habermas, “a perda no sentido normativo [...] da sua substância moral”. A validade deixará de exprimir uma axiologia e reduzir-se-á a uma formal racionalidade.³⁴⁵

Como muito bem explanou Castanheira Neves, que admitiu que esse tipo de discurso não significa para o pensamento jurídico apenas o repúdio dos *jusnaturalismos* teológico ou racionalista, mas envolve ainda “um agnosticismo axiológico, uma deliberada recusa da intenção axiológica que teria como resultado uma cegueira metodológica para o normativo, o próprio sacrifício intencional da essencial dimensão axiológico-normativo do jurídico, e assim uma total incompreensão dos problemas do fundamento e da validade da juridicidade enquanto tal”.³⁴⁶

O jurídico, então, deixa de ser um esforço de validade a exigir uma fundamentação crítica, desliga-se mesmo da eticidade humana “para se envolver um “dado” a pressupor como qualquer outro, como puro objeto exterior ao homem, e que ele havia de receber com a mesma indiferença empírica, com o mesmo descompromisso teórico com que aceitava qualquer objeto”. O direito, expressão ético-comunitária do homem, aliena-se, então, dele, e abre uma fratura no seio daquela mesma humana autonomia moral que se manifestou.³⁴⁷

Estas afirmações ficam ainda mais evidentes quando vislumbramos o desempenho da razão pública em sentido normativo ou como fundamento de validade de uma ordem de Direito, pois, pelo que nos parece, e aqui seguimos Castanheira Neves, ali o Direito seria um “sistema sem sujeitos”, estando-se perante uma outra “teoria pura”, o que ela notoriamente não é, assim se impossibilitando como fundamento de Direito, por conta, exatamente, de uma perspectiva funcionalista incompleta – deixando de cumprir os seus próprios padrões.³⁴⁸

³⁴⁴ Cfr. ARENDT, Hannah, *Sobre a Revolução*, ob. cit., p. 239.

³⁴⁵ Cfr. NEVES, Castanheira, *A imagem do homem no universo prático*. In: *Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. 1º Vol., Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 331.

³⁴⁶ Cfr. NEVES, Castanheira, *O Papel do jurista no nosso tempo*. In: *Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. 1º Vol., Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 29.

³⁴⁷ Cfr. NEVES, Castanheira, *O Papel do jurista no nosso tempo*. In: *Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. 1º Vol., Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 29.

³⁴⁸ Cfr. NEVES, Castanheira, *O funcionalismo jurídico: Caracterização Fundamental e Consideração Crítica no Contexto Actual do Sentido da Juridicidade*. In: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº 136, Lisboa: Provedor de Justiça, 2006-2007, p. 132.

Portanto, e finalmente, ao aplicarmos os contornos da razão pública rawlsiana na fundamentação da norma, teremos um pensamento jurídico que deixa de se preocupar com a validade e a intencionalidade “do” Direito – momentos essenciais do jurídico – para almejar apenas a validade e intencionalidade cognitiva de um pensamento “sobre” o direito. Um direito agora não como um propagador do bem, mas fruto de uma mera justiça constituída por um intelecto objetivo, técnico, moralmente desumanizado e instrumental.

Um direito que também deixará de ser ator principal na relação entre os homens, para se transformar em um mero coadjuvante ou um mero subordinado das exigências de uma já elaborada concepção de justiça política prática e autónoma. O direito (com “d” minúsculo), então, deixará de ser Direito (com “D” maiúsculo) para ser somente um instrumento político.³⁴⁹

Por isso, pensar e fundamentar a norma jurídica assim, poderá colocar o Direito em profunda crise interna, como bem apontou Castanheira neves, que ainda afirma ser uma “crise das mais graves que o jurídico alguma vez sofreu: o Direito a correr o risco de ser negado como Direito; o pensamento jurídico a recusar o Direito, enquanto tal, como a sua intenção problemática, e a diluir-se por isso em intencionalidades anormativas em que apaga a sua autonomia, e, portanto, a si mesmo se anula”.³⁵⁰

Isto parece ficar muito claro quando identificamos “*em que*”, validamente, o fundamento da norma hoje se parametriza e “*como*” as ideias históricas do pensamento *jusfilosófico* corroboram com essa parametrização.

³⁴⁹ Pereira Coutinho cita em sua obra um excelente apanhado sobre o actual pensamento liberal, em que aumenta a confiança no nosso pensamento, senão vejamos: “Alexandre Franco de Sá desenvolveu recentemente a ideia de que um “liberalismo de neutralidade” assenta, não apenas em pressuposto ideológicos, como na clara pressuposição da sua “superioridade moral diante de todas as outras posições e perspectivas”, confrontando-nos de seguida com interessantes questões, a relevar, mesmo que se não acompanhe as suas respostas: se esse liberalismo “se considera moralmente superior”, levanta-se “a suspeita de que um tal sentimento de superioridade moral encobre uma consciência toldada inconscientemente pelo fanatismo. Será possível argumentar razoavelmente nesse sentido? Será possível sugerir que os cidadãos liberais são, ainda que inconscientemente, determinados por uma consciência fanatizada?”. Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, *A autoridade Moral da Constituição: Da fundamentação da validade do Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 151.

³⁵⁰ Cfr. NEVES, Castanheira, ob. cit., p. 31.

Estamos certos que o Direito não é um “dado” que o jurista apenas tenha de receber, é uma tarefa que o concita a um esforço e a uma responsabilidade.

Castanheira Neves

6. O exercício da análise crítica na retomada de um discurso jurídico válido.

Nesta fase derradeira somos levados, necessariamente, a terminar de cumprir com as exigências que impusemos em laudas iniciais, quando afirmamos categoricamente que uma análise crítica fundada nos critérios da ética da natureza humana, que são inerentes a filosofia do direito e a própria filosofia política, nos levará a aceder um discurso jurídico marcado por um Direito moralmente válido para a nossa época e espaço.

Ao iniciarmos, então, a nossa última proposta, interessante destacar, conforme verificamos no capítulo anterior, o imensurável contributo metodológico e hermenêutico que a experiência americana proporcionou em termos de fundamento de validade da norma jurídica no quadrante ocidental.

Sabemos, todavia, e isto parece ter ficado claro também, que um eventual processo transformador tem procurado minar ou substituir a forma como essa mesma Experiência exprime a norma jurídica. Ora, nas últimas décadas, especificamente após o Movimento dos Direitos Civis, o discurso jurídico-político na América passou a ser marcado “por uma reacção pretensamente pós-totalitária, culminando na afirmação de uma liberdade não moralmente parametrizada, isto é, de uma liberdade que constitui um “*valor em si mesma*”, porque exclusivamente enquadrada segundo uma radical “*neutralidade liberal*”³⁵¹. Nos termos exatos da razão pública rawlsiana.

Portanto, o atual discurso jurídico na América parece recheado de conteúdo iluminista e liberal *neoiluminista* desparametrizado, que se revelam menos originais à suplantadores, não apenas de significados da via *aristotélica-tomista* ou de uma comunitária “*concepção narrativa do indivíduo*”, mas de toda uma herança clássica e cristã e de “uma ontologia em que o homem ocidental e a sua parametrizadora Ética haviam sido pensados”³⁵².

³⁵¹Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, *A autoridade Moral da Constituição: Da fundamentação da validade do Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 424.

³⁵²Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, ob. cit., p. 194

Parece ser bem isso o que Sandel, citado por Pereira Coutinho, parece vislumbrar também, ou seja, “o contemporâneo discurso de neutralidade liberal, tido por substitutivo do discurso igualitariamente republicano que animou Jefferson ou, posteriormente, Roosevelt, detém a virtualidade inevitável, se levado às suas últimas consequências teóricas e práticas, de destruir os equilíbrios atingidos na sequência do *New Deal*”.³⁵³

Igualmente, Steven Smith, ao analisar e concordar com as críticas proferidas por Ronald Dworkin e Susan Jacoby, admitiu que nos últimos anos o discurso jurídico público, principalmente na América, vem acompanhado de muitos argumentos, contudo, a grande maioria deles pouco genuínos, nada edificantes ou artificiais e desprovidos de qualquer originalidade.³⁵⁴

Acontece que Smith, apesar de concordar com essas críticas impostas ao atual discurso jurídico, não corrobora com as razões proferidas pelos teóricos quando expõem as causas fundamentais que resultam no fatídico episódio.

Muitos destacam como fundamentos, o langoroso discurso público contemporâneo, a baixa intelectualidade da média, as doutrinas fundamentalistas de certas religiões evangélicas, a fraca qualidade do ensino ou até mesmo o perigoso avanço da tecnologia da informação.

Contudo, conforme afirma Smith, pode muito bem haver uma medida de verdade nessas afirmações, mas algumas devem ser mais descrições dos sintomas do que causas subjacentes.³⁵⁵

A educação pública em massa, a intelectualidade da média, as religiões evangélicas, as novas tecnologias de comunicação como a internet, não parecem, na visão de Smith, intrinsecamente associados com o discurso jurídico raso ou degradante, discordando, assim, de Dworkin e Jacoby. Na verdade, esses instrumentos podem muito bem ser visto (e muitas vezes foram vistos) “como contribuintes potenciais para uma conversa mais rica e mais profunda no âmbito público”. Mas, se essas instituições têm de facto se tornado os atores de um discurso degradado, “parece mais plausível visualizar este desenvolvimento como uma consequência adicional e afins de qualquer coisa que produziu a degradação atual, mas não com uma causa fundamental dessa condição”.³⁵⁶

³⁵³Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, *A autoridade Moral da Constituição: Da fundamentação da validade do Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 427,

³⁵⁴Cfr. SMITH, Steven, *The disenchantment of secular discourse*. Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press, 2010, p. 3 e segs.

³⁵⁵Cfr. SMITH, Steven, ob. cit., p. 6.

³⁵⁶Um outro factor apontado por Dworkin para a falta de um discurso original é a escassez de debates sobre assuntos que requeiram argumentos verdadeiros, contudo, Smith também se posiciona contrário a essa ideia, senão vejamos: “Indeed, a certain kind of observer might read Dworkin's book and wonder what world he is

Por isso, Smith, mesmo sem rejeitar os diagnósticos oferecidos por Jacoby, Dworkin e outros críticos, procura uma explicação alternativa e busca no discurso secular e seus seguidores contemporâneos a provável causa de os argumentos públicos hoje na América estarem tão desprovidos de originalidade.

Na visão de Smith, essa perspectiva ganha força quando vislumbramos as ideias de Rawls na sua teoria do liberalismo político, e nesse ponto o autor destaca que permanece “visível na obra de Rawls a insistência fervorosa de que importantes decisões públicas devem ser justificadas por algo chamado de “razão pública””. Contudo, aponta Smith, o termo é capaz de induzir em erro. Após a inspeção, se torna evidente que a “razão pública” de Rawls não é a “razão” de pensadores Iluminados, na verdade, “ela se aproxima em aspectos cruciais a ser inimigo da razão, ou pelo menos a sua *babysitter*, cuja tarefa é manter a razão sob controle e fora da vista, quando da ocorrência de importantes questões públicas”.³⁵⁷

Para os pensadores Iluministas, lecciona Smith, ““*Razão*” era para explorar questões como “*a natureza do universo*”, “*o fim e o objetivo da vida*” e o significado de “*felicidade*” e aplicar as verdades descobertas em questões práticas, tais como “*a base e os limites do governo*” e “*os direitos do homem*”. Além do mais, esses mesmos pensadores supuseram que o exercício da razão desinibida levariam as pessoas a reconhecer a verdade e essa suposição, por sua vez, implicava numa eventual convergência sobre a verdade”.³⁵⁸

Ora, no século XVIII, um compromisso com a razão denotava uma vontade de buscar a verdade e segui-la onde quer que o argumento principal vá, com a confiança de que a razão das pessoas iriam levá-las a convergir para a verdade.

Hoje, no entanto, destaca Smith, qualquer expectativa similar parece absolutamente ingênua com relação a religião, a moral, a política ou a filosofia política³⁵⁹, pois o pensamento

living in. “Take a good look around you!” the observer might implore. “Everywhere you look, people are arguing-passionately, often bitterly. Democratic presidential candidates against other Democratic candidates (and their spouses), and Republican candidates against Republicans. Democrats against Republicans. Creationists against evolutionists. Pro-life and pro-choice people. Evangelicals and Catholic bishops against secularists. The new atheists against the traditional theists. Bill O’Reilly and Keith Olbermann...still, on so many matters of importance, the general quality of discussion does indeed seem disappointingly shallow. A few people may be saying wise things, but the other participants in the discourse often seem unwilling to listen to or actually to engage this wisdom. There can be clever comments and even profound insights, but these may nonetheless, not converge to create a meaningful discourse. And so there is not, as Dworkin complains “genuine argument”. Cfr. SMITH, Steven, ob. cit., p. 4-7.

³⁵⁷Cfr. SMITH, Steven, *The disenchantment of secular discourse*. Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press, 2010, p. 13.

³⁵⁸Cfr. SMITH, Steven, ob. cit., p. 14.

³⁵⁹Como afirma Taylor, há algo de contraditório e auto-destrutivo no contemporâneo liberalismo da neutralidade. É que, em nome de um postulado de neutralidade absoluta, passa a considerar-se absolutamente que uma qualquer verdade moral “se encontra fora dos limites do aceitável. Sendo que a relatividade da verdade que inerentemente se afirma em termos absolutos não é um *insight* teórico, mas um postulado (ideológico) que não

claro deve começar, segundo Rawls, nas palavras de Smith, “reconhecendo que um pluralismo penetrante nessas matérias é e continuará a ser a nossa condição. Ninguém espera que algo chamado “*motivo*” irá dissipar esse pluralismo, levando as pessoas a convergir para uma matéria unificada da verdade, como “*a natureza do universo*” ou “*o fim e o objetivo da vida*””. Assim uma função central hoje da “razão pública” é justamente “manter essas questões fora do debate público (“sujeita a várias qualificações e exceções que Rawls admitiu como seu pensamento desenvolvido”) e assim as mais profundas convicções dos cidadãos sobre o que é realmente verdade, funciona apenas com um tamanho reduzido de um conjunto de crenças ou métodos que reivindicam o apoio de um consenso de sobreposição ostensivo”.³⁶⁰

Igualmente como em uma *Teoria*, contudo em conotação mais acentuada, o conteúdo dessa razão pública se esquia de uma qualquer intenção de “verdade” ou que se funde em uma qualquer validade material, pois, conforme Castanheira Neves, “não seria mais do que a expressão “razoável” das exigências e intencionalidades da “razão prática” – razão prática operante no campo político e referida apenas a valores políticos”.³⁶¹

No liberalismo político de Rawls, portanto, “razoabilidade”, explica Smith, denota uma vontade de não exercer ou invocar, para fins públicos, o que se acredita ser a última verdade vital – uma disposição a partir do julgamento que a razão não levará a uma convergência, mas, ao invés disso, subverte a paz cívica que só poderá ser mantida se as pessoas concordarem em não tomar importantes decisões públicas recorrendo a assuntos que é realmente verdadeiro.³⁶²

Jeremy Waldron, sobre essa realidade, faz a seguinte observação: “the constraints Rawls imposes on civic discourse so diminish our ability to grasp the true weight and implications of reasons in political argument as to deprive the practices they are supposed to govern of any entitlement to be called “justificatory” in the true sense of the word”.³⁶³

Tal facto, aponta Smith, nos traz de volta à nossa atual condição lamentável de fracos argumentos públicos, pois as restrições impostas pela razão pública rawlsiana têm o efeito de

se encontra, ele mesmo, livre de escrutínio. Cfr. TAYLOR, Charles, *The Ethics of Authenticity*. Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press, 2003, p. 17-19.

³⁶⁰Cfr. SMITH, Steven, *The disenchantment of secular discourse*. Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press, 2010 ob. cit., p. 14 e segs.

³⁶¹Seria essa então a fórmula da construção de um ideal de razão pública, em que, segundo Rawls, a sua base alcançaria um consenso das demais doutrinas, pois os cidadãos livres justificariam as suas decisões políticas fundamentais com argumentos “*camufladamente*” neutros e que expressam, exclusivamente, valores políticos e não quaisquer outros – “não outros valores senão os políticos poderiam constituir o ideal da razão pública”. Cfr. NEVES, António Castanheira, ob. cit., p. 84-87.

³⁶²Cfr. SMITH, Steven, ob. cit., p. 15 e segs.

³⁶³Cfr. SMITH, Steven, ob. cit., p. 16.

excluir os nossos mais profundos compromissos normativos, garantindo, praticamente, que o discurso seja superficial. Além disso, “não podemos defender as nossas posições normativas, sem recorrer às condenações que o discurso secular [rawlsiano] considera inadmissível, e assim somos frequentemente forçados a contrabandear as condenações, sob o pretexto de noções benignas”,³⁶⁴ conforme observamos em páginas passadas.

Essa é uma realidade que, invariavelmente, nos leva, também, a uma degradação do próprio discurso jurídico moralmente válido, que, conforme vimos, é normativamente parametrizado por uma sabedoria civilizacionalmente herdada e comunitariamente comungada.

Por isso é que conclamamos a prática da análise crítica de uma corrente de pensamento que, a nosso ver, mesmo sendo compreensível quando da aplicação de princípios de justiça igualitários, poderá não ser desejável para fundamentar um discurso que tem como meta um Direito moralmente válido.

Uma análise crítica que tenta recolocar o Direito no conjunto das práticas comunitárias que o determina e superar um direito eminentemente técnico, destinado somente à conciliação de interesses individuais e à preservação e à administração de interesses gerais.³⁶⁵

Uma análise crítica que nos leve a um despertar de consciência, “tanto no nível da Filosofia do Direito quanto de uma Teoria Geral do Direito para a obrigatoriedade de uma profunda reflexão, ao ponto de sermos conduzidos a repensar os fundamentos e a estrutura do pensamento jurídico contemporâneo ocidental, marcado [por vezes] por essa racionalidade técnico-formal e por pressupostos científicos calcados na dogmática”³⁶⁶ de uma parametrização normativa desprovida de experiência histórica e de moralidade.

Uma análise crítica, portanto, que leve o jurista a cingir-se de certas verdades ao ponto de propagar o Direito não como mera técnica de hermenêutica rasa sobre tal ou qual ponto da legislação é aplicável ao caso concreto, mas inflamado pelo seu real sentido, abordando a normatividade pela raiz, “retornando à genealogia que permitiu a existência de determinada forma jurídica”.³⁶⁷

Sendo que toda essa forma de pensar justifica-se plenamente pela afirmação de Wolkmer, a qual acatamos, em que o estudo do atual discurso jurídico, sob os meandros de uma análise crítica *jusfilosófica*, é plenamente válido e necessário, tendo em vista “o modelo

³⁶⁴ Cfr. SMITH, Steven, ob. cit., p. 26.

³⁶⁵ Cfr. WOLKMER, Antonio Carlos, ob. cit., p. 19.

³⁶⁶ Cfr. WOLKMER, Antonio Carlos, *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 21.

³⁶⁷ Cfr. WOLKMER, Antonio Carlos, ob. cit., p. 18.

de cientificidade que sustenta o discurso jurídico *liberal-individualista* e a cultura normativista *tecno-formal* [ideia de razão pública] que se encontra em processo de um possível esgotamento”.³⁶⁸

Um esgotamento que se dá exatamente pelo rumo que tomou esse discurso, quando insiste em afirmar que a sua metodologia é a única para se chegar a estabilidade social e política, por conta de um pluralismo irreconciliável; que o seu conteúdo, visto de forma neutra, é a única base sustentável para legitimar os discursos que envolvem direito fundamental, e que, portanto, a busca de uma “*verdadeira verdade*” ou de algum fundamento moral que valida a norma jurídica, já não teria mais funcionalidade alguma, pois a maneira como se apresenta, por exemplo, o conteúdo da razão pública, é para ser apreendida como uma concepção completa que está disposta a resolver todos os problemas de justiça fundamental, não atentando, portanto, a experiência histórica e a uma determinada metodologia hermenêutica que projetam bases para aceder a um Direito válido.

Ora, e isto não nos é mais novidade, pois, o que acabamos de afirmar, parece ter ficado muito claro no capítulo anterior, ou seja, um discurso jurídico válido é aquele provido de um Direito com conteúdo ou fundamento moralmente válido e que abstraiu sua validade, primeiramente, das experiências históricas que se mostraram normativamente válidas. Por isso, segundo MacIntyre, “acreditar em direitos a-historicamente válidos em *si mesmos* não é muito diferente de acreditar em bruxas e em unicórnios”³⁶⁹, pois uma normatividade de Direito, em primeiro plano, testemunhará também “razões causais” ou “argumentos de experiência”.³⁷⁰

Depois, hermenêuticamente, o que pretende propor Rawls é que o Direito ou a Norma devem ser identificados por intermédio de um desalmado ou desencarnado sujeito, “instrumentalizado à mobilização de “leis”, “categorias” ou “cânones” “objetivos” [preceitos

³⁶⁸Cfr. WOLKMER, Antonio Carlos, *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. XV.

³⁶⁹ Cfr. MACINTYRE, Alasdair, *After Virtue: A Study In Moral Theory*. 3ª Ed., Notre Dame, Indiana: University of Notre Dame Press, 2007, p. 69.

³⁷⁰ Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, *A autoridade Moral da Constituição: Da fundamentação da validade do Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 563. A posição de Reale parece não fugir muito dessa mesma perspectiva, pois o Autor ressalta o valor da justiça como condicionante de possíveis experiências jurídicas, ou seja, “justiça material ou concreta quer dizer justiça experienciável” que, assim, se plasma numa concreta normatividade histórica, atendidos os relevantes “factores conjunturais da experiência histórica”. Cfr. REALE, Miguel, *Teoria Tridimensional do Direito: Teoria da Justiça – Fontes e Modelos do Direito*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2003, p. 198.

da razão pública], apuráveis em função somente do objeto a ser “interpretado” e integrantes de uma “teoria de interpretação objetiva””.³⁷¹

Sendo que, no âmbito desta hermenêutica objetiva, em cuja possibilidade cegamente se crê, o que se pretende produzir são “interpretações objetivas” ou “interpretações objetivamente válidas, “como se, e no que toca a coisas humanas, a “objetividade” pudesse passar por “leis” susceptíveis de encarcerar *fora de si mesmo* o sujeito que procure compreender. Ou como se estas “leis” não traduzissem já, em si mesmas, a significação daquela que as reconheceu como válidas”.³⁷²

Portanto, ainda segundo Bultmann, “a exigência, de que o intérprete tem de silenciar a sua subjetividade e reprimir qualquer individualidade em ordem a atingir um conhecimento objetivo, não podia ser mais absurda [...] Esta exigência radicalmente rasura a natureza da genuína compreensão, a qual pressupõe o mais envolvido compromisso do sujeito que compreende e o mais rico desenvolvimento possível da sua individualidade”.³⁷³

Agora, ressalta-se que o que está em causa não é a possibilidade de excluirmos por definitivo uma hermenêutica objetiva, que por tanto tempo o jurista reivindicou, mas retomarmos, antes de interpretar a norma positivada, uma hermenêutica ontológica – exatamente nos termos heideggeriano³⁷⁴ – ou seja, uma interpretação do ser e depois da norma.

Ora, parece então que para aceder a um discurso válido do Direito, precisamos fazer uma transposição da hermenêutica filosófica para a hermenêutica jurídica. Contudo, esse desiderato jamais será possível, “se não se compreender que o reconhecimento do valor intrínseco do homem constitui algo de parametrizador e que releva da nossa histórica aprendizagem da parametrização moral que civilizacionalmente nos define. Essa parametrização constitui, pois, algo que [...] é nosso, *ou que somos, qua pessoas*, e que nos permite reconhecer normas justas”. Na verdade, não é o Direito, enquanto “objeto”, que se baseia a si mesmo na pessoa, baseando-nos nós nele depois. “Muito pelo contrário, a pessoa, isto é, o *lugar eudaimonístico em que nos parametrizamos na justiça*, constitui

³⁷¹ Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, *A autoridade Moral da Constituição: Da fundamentação da validade do Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 648.

³⁷² Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, ob. cit., p. 649.

³⁷³ Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, ob. cit., p. 649.

³⁷⁴ Na hermenêutica de raiz heideggeriana, “o que está em causa é encarar o “condicionamento” em cujo âmbito o ente que compreende ou valora, inescapavelmente compreende ou valora. E, sendo certo que o *ser* desse ente – a sua pré-compreensão, significação ou parametrização – pode e deve ser, ele mesmo, trazido à compreensão e interrogado, precisamente no âmbito de uma hermenêutica da identidade, é também certo que o facto de o mesmo ente se moldar no âmbito de uma “tradição” não é, por si só, factor suficientemente justificador do ataque a uma teoria da revelação ontológica”. Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, ob. cit., p. 653.

anteriormente o lugar em cujo interiorizado âmbito reconhecemos normas que o reflitam (que nos reflitam)”.³⁷⁵

Dito isto, temos a plena convicção em afirmar que a nossa parametrização como pessoas morais, na justiça, é prévia à normatividade justa (então autenticamente jurídica) e que, por isso, diante da nossa parametrização moral é que nos permitimos reconhecer normas que reflitam essa justiça, por isso são autenticamente válidas. “Nesse sentido, aquela parametrização constitui uma “pré-compreensão” *anteriormente* nossa. E não pretendemos substituir a consciência de nós próprios como formados nessa sabedoria – e se alguma coisa caracteriza o nosso civilizacional momento histórico será a consciência da sua irrenunciabilidade”.³⁷⁶

Portanto, como muito bem apontou Pereira Coutinho, a norma jurídica não é um ponto de partida mas um ponto de chegada, “relevando da valoração da realidade em perspectiva moralmente parametrizada no fundamento de validade do Direito enquanto Direito. E o propósito de qualquer operação metodológica é apurar ou reconhecer normas que, nos seus delimitados significados permissivos, proibitivos ou prescritivos, reflitam efetivamente aquele fundamento de validade: uma parametrização normativa comunitariamente assumida”.³⁷⁷

Por isso que o Direito, com “D” maiúsculo, não é e nem poderá ser, como parece requerer, no campo prático, o ideal de razão pública, um objeto a ser dominado por um desencarnado ou desalmado sujeito cognoscente, que se compromete com as bases desse ideal e para qual nada, rigorosamente nada, que esteja aquém ou além dessas “bases” é correto, pois qualquer sentido de verdade, o sujeito da razão pública deve renunciar. Apenas se pode falar, na perspectiva desse sujeito, em mera “correção objetiva” – “correção metódica” ou “correção epistemológica” – estritamente funcionalizada àquelas [bases] próprias”.

Finalmente, por todo exposto até aqui, parece que já estamos aptos a nos posicionarmos em relação ao desafio lançado no início do capítulo 4, onde propusemos qual seria a melhor forma de aceder a um Direito válido, diante de duas opções, quais sejam: Por intermédio do liberalismo individual de Rawls? ou das concepções aristotélicas com seguimento no comunitarismo de MacIntyre?

Parece que caminharemos com Aristóteles, pois, raciocinar sobre Direito ou justiça para ele é raciocinar a partir do *télos* ou de natureza do bem em questão. Portanto, para

³⁷⁵ Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, *A autoridade Moral da Constituição: Da fundamentação da validade do Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 659-660.

³⁷⁶ Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, ob. cit., p. 660.

³⁷⁷ Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira, ob. cit., p. 693.

concebermos uma ordem política justa, devemos raciocinar a partir da natureza da vida boa. Não poderemos elaborar uma Constituição justa, segundo Aristóteles, citado por Sandel, até que tenhamos concebido a melhor forma de viver, ou seja, enquanto o bem para o homem não for esclarecido, a natureza da Constituição ideal também permanecerá obscura.³⁷⁸

A ser assim, fica evidente que para Aristóteles os princípios de justiça não devem manter uma neutralidade com respeito ao “bem” e nem subjugá-la a um “justo ou correto”, antes uma norma justa - para Aristóteles uma Constituição justa – deve formar bons cidadãos e cultivar, essencialmente, o bom carácter e por isso, segundo Sandel, “ele não acha que se possa deliberar sobre justiça sem deliberar sobre o significado dos bens, [ou seja], cargos, honraria, direitos e oportunidades, proporcionados pela sociedade”.³⁷⁹

Contudo, diante da afirmação de um Estado promovedor de virtudes, voltamos ao questionamento inicial que promoveu a ideia de razão pública, mas sob a perspectiva de um conteúdo aristotélico ou comunitarista, ou seja, seria possível conceber uma base pública de justificação *moral*, quando discutimos assuntos de direitos fundamentais, diante de uma comunidade livre, que professa inúmeras doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis, e, assim, manter a estabilidade e o respeito mútuo?

Sem dúvidas, conforme expomos, os liberais, como Rawls, não admitiriam esse tipo de base pública, pois uma discussão política – ou seja, de direitos fundamentais – que envolvam valores morais, estará em perigo constante de evoluir à uma tirania da maioria e a coerções desnecessárias. A alternativa então é conceber uma concepção política de justiça que deixe de fora questões controversas, que digam respeito a valores e considerações morais e espirituais, utilizando, portanto, uma base parametrizadamente neutra.³⁸⁰

Acreditamos, todavia, movidos pelo espírito crítico da *jusfilosofia* e pelas estruturas fundante da validade da norma, que, definir direitos fundamentais dos cidadãos e decidir questões políticas importantes de forma que seja neutra em relação a valores, é uma tarefa muito difícil e talvez não desejável. Ora, pelo que nos parece, a tentativa de pedir aos cidadãos que deixem de fora das questões de justiça e política suas convicções morais e espirituais, além de pode levar a uma política vazia, tecnocrática que não inspira ninguém, poderá criar um vácuo moral, um vazio ético, que não se compatibilizará com uma norma

³⁷⁸ Cfr. SANDEL, Michael, *Justiça: O que é fazer a coisa certa?* Trad.: Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 6ª Ed., Rio de Janeiro: 2012, p. 269.

³⁷⁹ Cfr. SANDEL, Michael, ob. cit., p. 295.

³⁸⁰ Ora, pelo que nos parece, os liberais propagam a ideia de que pensar em Estado que promove virtudes, é pensar primeiramente em fundamentalistas religiosos ou agentes políticas totalitários, e depois, “*camufladamente*” nas ideias políticas da pólis de Atenas.

jurídica que é, por si mesma, válida por parametrizações morais.

Factos jurídicos relevantes chegarão aos nossos Tribunais e, invariavelmente, requererão decisões com mais significados de *verdade moral*. Todavia, se esvaziarmos por completo a justiça e a política de significado moral, o resultado não será um ponto de vista neutro, mas, aí sim, será um vácuo moral que poderá ser preenchido por vozes intolerantes e fundamentalistas, a não ser que se busque fundamentos por intermédio de “contrabandos” de doutrinas abrangentes, e é o que parece fazer com muita frequência o ideal de razão pública.

Poderíamos, e parecia até razoável fazer, nos contentarmos com o denominador comum (concepção política de justiça) para conter o pluralismo razoável e irreconciliável, proposto por Rawls, mas aí, mesmo percebendo algumas lacunas ou incoerência no seu pensamento desenvolvido de razão pública, e que queira afetar o próprio fundamento da norma, e não nos manifestarmos, estaríamos definitivamente desenquadrados de um pensamento crítico do direito.

Portanto, envolvidos por esse espírito de retomada do discurso crítico *jusfilosófico*, em que devemos buscar a qualquer custo as verdades que o Direito, com “D” maiúsculo, não está disposto a renunciar, é que necessitamos (re) pensar o Direito de uma maneira que lhe dê a chance de responder às legítimas questões que o homem lhe apresenta, propondo, então, um Direito mais humano e menos técnico. Um Direito com mais alma.

CONCLUSÃO

As questões centrais que nos ocupou durante todo o percurso desta análise crítica da ideia de razão pública em John Rawls, nos levam, inevitavelmente, a duas razões finais que agora destacamos.

Primeiramente, não é custoso reconhecer que tecer críticas as teorias de John Rawls é uma tarefa árdua e de grande responsabilidade, pois para se ter uma ideia da importância que assume os seus pensamentos, basta afirmarmos, sem exageros, que sob eles se move quase toda a filosofia política posterior, tanto em escala de fervorosos defensores como exigentes críticos.

Em termos de concebilidade, a teoria do liberalismo político – mais especificamente a ideia de razão pública – é plenamente compreensível, pois a sua pretensa busca pelo respeito à tutela da igualdade cívica, principalmente quando estabelece atenção especial ao estatuto jurídico e político daqueles que manifestam visões minoritárias ou dissidentes, tentando alinhar democraticamente, por intermédio do consenso de sobreposição, a pluralidade de doutrinas abrangentes razoáveis em prol de uma sociedade bem ordenada, indubitavelmente, é merecedora de méritos inegáveis.

No entanto, e este é a nossa segunda razão, parecem existir algumas dificuldades operacionais com essa teoria, o que acaba refletindo, de forma potencial, na construção de um fundamento válido para o direito e no próprio desempenho do discurso jurídico atual.

Essas dificuldades ficam latentes quando a ideia de razão pública tenta se apresentar, principalmente, descomprometida com os nossos inescapáveis enquadramentos comunitários e morais, que se relaciona diretamente com uma experiência histórica normativamente válida.

Ora, essa posição ficou perceptível quando aquela ideia liberal se intitulou independente a qualquer verdade moral, religiosa ou filosófica, só porque se comprometeu, por intermédio do construtivismo político, fazer sobrepor, conscienciosamente, uma concepção política de justiça, objetiva e neutra, que se apresente como a melhor e a única base válida de justificação pública, quando das deliberações oficiais sobre Direitos fundamentais e básicos.

Uma outra tarefa árdua que a razão pública liberal nos impõe, refere-se a posição de neutralidade, em relação aos nossos inescapáveis enquadramentos, que ela nos obriga, como cidadãos públicos, parlamentares ou juízes, a adotar quando entramos na esfera pública, para discutir as mesmas questões de Direito.

Lembremos, mais uma vez, que nesse contexto, portanto, pensar o Direito é não deixar exprimir qualquer pressuposto axiológico, em qualquer sistema de valores transcendente à razão prática desparametrizada moralmente, seria antes o “elaborado” resultado de um construtivismo político orientado pela razoabilidade e racionalidade. Daí que ficasse excluída qualquer intencionalidade metafísica – tratar-se-ia tão só de “*Justice as Fairness*”, *Political no Metaphysical* – e que tivesse como objetivo primordial uma solução equitativa à realidade do pluralismo e do conflito entre doutrinas razoáveis.

Todavia, conforme observamos exaustivamente, o Direito moderno e contemporâneo dificilmente poderá ser compreendido sem uma reflexão prévia a momentos como a Cristandade, a Reforma, o Iluminismo, as Revoluções, o Holocausto, etc. Indubitavelmente, seria um ato, corroborando com MacIntyre, de extrema arrogância e violência etnocídica, certamente fadado ao fracasso, tentar refundar uma ordem política ou jurídica, com bases abstratas, concebidas a partir de uma *tabula rasa* religiosa, cultural e histórica, como se fosse possível premir um qualquer botão “*reset*” ou “*restart*”.

Portanto, dificilmente poderemos aceder a um Direito moralmente válido se levarmos em consideração a operatória metodológica da razão pública rawlsiana e abandonarmos as exigências da metodologia de uma análise crítica *justifilosófica*, ou seja, excluir do discurso jurídico os nossos inescapáveis enquadramentos morais, os quais proclamam uma *sabedoria* herdada de Aristóteles a Locke, que informa a razão e não é produto dela, e que por isso não estamos na posição de renunciá-la; as experiências normativas plenamente válidas, tais como as verdades *de per se* da Declaração de independência da América, que, mesmo em alguns retrocessos políticos, se mantiveram normativamente vivas ao longo da história e foram determinantes para influenciar as ordens jurídicas no quadrante ocidental; e a prevalência de uma hermenêutica ontológica em relação a uma hermenêutica puramente técnica o objetiva.

Por isso e desde já respondemos o nosso questionamento inicial dizendo que apesar de a ideia de razão pública ser plenamente compreensível, poderá não se desejável como fonte de fundamento do Direito, pois se duvida da possibilidade das normas e dos seus sentidos serem apurados independentemente de pressupostos e parâmetros morais, sendo que a razão pública, muito pelo contrário, pretende um novo pressuposto, que se condiz, por vezes, por uma mera tecnicização. E essa afirmação parece, inclusive, ser reconhecida, mas não admitida pela razão pública, principalmente quando verificamos o usual contrabando das doutrinas abrangentes para melhor justificar as suas decisões.

Finalmente, encerramos o nosso estudo afirmando que o papel de realizar uma análise crítica, que utiliza os recursos de uma *jusfilosofia* axiológica, é apresentar uma realidade inescapável do Discurso jurídico em relação aos enquadramentos morais e normativos que lhes são subjacentes e os valida, mesmos diante de um incómodo esquema de pensamento típico da modernidade e pós-modernidade, em cujos termos, o ponto de partida é a técnica autónoma, que faz prevalecer uma concepção desparametrizada e contempla os indivíduos de forma mecanicista através de relações jurídicas individualistas, até construir por cima deles uma sujeito estadual.

Por isso, chamamos o jurista para (re) pensar o Direito não como mera técnica de aplicação objetiva, mas ter, antes de tudo, um sentimento, necessário, de recuperação dos valores perdidos de um discurso crítico da *jusfilosofia*, apresentando, para isto, uma fundamentação moral que valida o direito e consequentemente contradiz as “verdades” de uma teoria jurídico-política moralmente desparametrizada.

BIBLIOGRAFIA

ALEX, Robert, *Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad.: Zilda HutchinsonSchild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

AQUINO, Tomás de, *Suma Teológica*. Vol. 5, 2ª parte da 2ª parte, questões 1-79. Trad.: Alexandre Corrêa, 2ª Ed., Porto Alegre: Escola Superior de Teologia São Lourenço de Brindes; Caxias do Sul: Sulina Editora e Universidade de Caxias do Sul, 1980.

ARCHIVES, National - U.S, *The Declaration of Independence: A Transcription*. In: The Charters of freedom. Washington D.C: online in National Archives – USA.gov, 2013.

ARENDT, Hannah, *Sobre a Revolução*. Trad.: Denise Bottmann. São Paulo: Companhia da Letras, 2011.

ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*. Trad.: Edson Binni. 2ª Ed., Bauro: Edipro, 2007.

_____, *Política*. Trad.: Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

BARRY, Brian, *The liberal Theory of justice*. Oxford: Claredon Press, 1973.

BELLAMY, Richard, *Liberalismo e Sociedade Moderna*. Trad.: Magda Lopes. São Paulo: Editora Unesp, 1994.

BERNS, Laurence, *Thomas Hobbes*. In: *History of political Philosophy*. Org. Leo Strauss and Joseph Cropsey. 3ª Ed., Chigago: University of Chicago Press, 1987.

BOBBIO, Norberto, *As ideologias e o poder em crise*. Trad.: João Ferreira. 3ª Ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994

_____, *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Trad.: Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *ADPF nº 54: aborto de fetos anencéfalos*. Brasília: online Portal de Processo do STF, 05 mar., 2011.

_____, *Constituição Federal do Brasil de 1988*. Org.: Valdemar da Luz, Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005.

CABRAL DE MONCADA, Luis, *O problema do direito natural no pensamento contemporâneo: Oração de sapiência proferida na abertura solene da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, 1949.

CATROGA, Fernando, *Entre Deuses e Césares: Secularização, Laicidade e Religião Civil*. 2ª Ed., Coimbra: Almedina, 2010.

COHEN, Joshua, *Deliberation and Democratic Legitimacy, in The good polity: normative analysis of the State*. Oxford: Basil Blackwell, 1989.

COUTINHO, Luís Pedro Pereira, *A autoridade Moral da Constituição: Da fundamentação da validade do Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

DIANA, Andrea Regina da Silva, *Uma defesa da razão pública no liberalismo político de John Rawls*, Brasília: Departamento de Filosofia da UnB, 2006.

DWORKIN, Ronald, *A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade*. Trad.: Jussara Simões. 1ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____, *Levando os direitos a sério*. Trad.: Nelson Boeira. 1ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____, *Life's Dominion: An argument about abortion, euthanasia and individual freedom*. New York: Vintage Books, 1993.

FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio, *El iusnaturalismo*. In: CASTRO CID, B, *Lecciones de teoría Del derecho y derecho natural*. 3ª Ed., Madrid: Universitas, 1999.

FISH, Stanley, *Are There Secular Reason?* In: *The opinion pages*. New York: online The New York Times, 2010.

GARGARELLA, Roberto, *As teorias da Justiça depois de Rawls: Um breve manual de filosofia política*. Trad.: Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GREENAWLT, Kent, *Private Consciences and Public Reasons*. Oxford: Orxford University Press, 1995.

HAMPTON, Jean, *The Failure of Expected-Utility Theory as a Theory of Reason*. In: *Cambridge Journals. Economics and Philosophy*, Vol. 10, Issue 02, October 1994, pp 195-242. Cambridge: online by Cambridge University Press 15, 2009.

KANT, Immanuel, *Textos Seletos: Reposta à pergunta: Que é "Esclarecimento" (Aufklärung)*. Trad.: Floriano de Sousa Fernandes. 3ª Ed., Petrópolis: Editora Vozes, 2005

_____, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad.: Artur Morão. Lisboa: Edição 70, 1995.

_____, *Crítica da Razão Prática*. Trad.: Valério Rohden. 1ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002

_____, *Opus Postumum*. Trad.: Eckart Förster and Michael Rosen. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

_____, *The Conflict of the Faculties*. Trad.: Mary J. Gregor. Lincoln/London: University of Nebraska Press, 1992.

KAUFMANN, Arthur, *Filosofia do Direito*. Trad.: António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KELSEN, Hans, *A justiça e o direito natural*. Trad.: João Baptista Machado. Coimbra: Almedina, 2001

KOLM, Serge-Christophe, *Modern Theories of Justice*. Massachusetts: M.I.T. Press, 1996.

LOCKE, John, *The Second Treatise of Government – An Essay Concerning the True Original, Extent and End of Civil Government*. In: *Two Treatises of Government*. Org.: Peter Laslett. Cambridge: Cambridge University Press, 1960.

MACINTYRE, Alasdair, *After Virtue: A Study In Moral Theory*. 3ª Ed., Notre Dame, Indiana: University of Notre Dame Press, 2007.

_____, *Whose Justice? Which Rationality?* Indiana: University of Notre Dame Press, 1988.

MENEGHETTI, Antonio, *A crise das democracias contemporâneas*. São João do Polêsine/RS: Ontopsicologica Editrice, 2007.

MERQUIOR, José Guilherme, *O argumento Liberal*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983.

_____, *O liberalismo Antigo e Moderno*. Trad.: Henrique de Araújo Mesquita. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.

MORRISON, Wayne, *Filosofia do Direito: dos gregos ao Pós-modernismo*. Trad.: Jefferson Luiz Camargo. 1ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NEVES, António Castanheira, *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____, *O Papel do jurista no nosso tempo*. In: *Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. 1º Vol., Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

_____, *O direito como alternativa humana*. In: *Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. 1º Vol., Coimbra: Coimbra Editora, 1995

_____, *A imagem do homem no universo prático*. In: *Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. 1º Vol., Coimbra: Coimbra Editora, 1995

_____, *O funcionalismo jurídico: Caracterização Fundamental e Consideração Crítica no Contexto Actual do Sentido da Juridicidade*. In: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº 136, Lisboa: Provedor de Justiça, 2006-2007.

NOGUEIRA DE BRITO, Miguel, *As andanças de Cândido: Introdução ao pensamento político do século XX*. Lisboa: Edições 70, 2009.

OLIVEIRA, Nythamar, *Rawls*. In: *Filosofia passo a passo nº 18*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

PALMER, Richard, *Hermenêutica*. Trad.: Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1996.

PELUSO, Alberto Luis, *O projeto da modernidade no Brasil*, Campinas: Papyrus, 1994.

PERELMAN, Chaïm, *Ética e direito*. Trad.: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RADBRUCH, Gustav, *Filosofia do Direito*. Trad.: Cabral de Moncada, 4ª Ed., Vol. II. Coimbra: Arménio Amado, 1961.

RAWLS, John, *Uma teoria da justiça*. Trad.: Almiro Piseta e Lenita Maria Rímoli Esteves, 2ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____, *O liberalismo político*. Trad.: Álvaro de Vita, 1ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____, *O Direito dos Povos: A ideia de razão pública revisitada*. Trad.: Luís Carlos Borges. 1ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2001.

REALE, Miguel, *Filosofia do Direito*. 20ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

_____, *Teoria Tridimensional do Direito: Teoria da Justiça – Fontes e Modelos do Direito*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2003

RIBEIRO, Elton, *Charles Taylor e a secularização*. In: Revista nº 2, Vol. 170, *Cristianismo e Cultura*. Braga: Brotéria, 2010.

SAGRADA, Bíblia, *Evangelho de Lucas: A Parábola do Bom Samaritano*. Nova Versão Internacional, São Paulo: Editora Vida, 2003.

SANDEL, Michael, *Justiça: O que é fazer a coisa certa?* Trad.: Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 6ª Ed., Rio de Janeiro: 2012.

_____, *Liberalism and the Limits of Justice*. Ed: 2ª. New York: Cambridge University Press, 1998.

SARTORI, Giovanni, *A política*. Trad.: Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional positivo*. 22ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

SHEFFLER, Samuel, *The Appel of Political Liberalism*. In: *Chicago Journals*. Vol. 105, n. 01, October 1994, pp 4-22. Chicago: online The University of Chicago Press, 2012.

SILVEIRA, Denis Coitinho, *O papel da razão pública na teoria da justiça de Rawls*. In: *Revista de Filosofia Unisinos*, Pelotas, jan/abr. 2009.

SMITH, Steven, *The disenchantment of secular discourse*. Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press, 2010.

SOUSA E BRITO, José de, *Razão democrática e direito— Ética e o futuro da democracia*. Coord.: João Lopes Alves, Lisboa: Colibri, 1998.

TASSARA, Andres Ollero, *Interpretacion del derecho y positivismo legalista*, Madrid: Edersa, 1982.

TAYLOR, Charles, *Souces of the Self: The making of Modern Identity*. Massachusetts: Harvard University Press, 1989.

TAYLOR, Charles, *The Ethics of Authenticity*. Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press, 2003.

TOCQUEVILLE, Alexis, *A Democracia na América*. Trad.: Eduardo Brandão, 2ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005.

UCNIK, Lubica, *Kant: Sensus Communis and Public reasoning*. Trad.: Nuno Coimbra Mesquita. Piracicaba: Impulso, 2004.

WALDRON, Jeremy, *God, Locke and Equality – Christian Foundations in Locke’s Political Thought*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

_____, *Public Reason and “Justification” in the Courtroom*. In: Journal Law Philosophy and Culture, Vol. I, Number I. Washington: online CLPC, 2007.

WARAT, Luis Alberto, *O sentido comum teórico dos juristas*. In: FARIA, José Eduardo (org), *A crise do direito numa sociedade em mudança*. Brasília: Unb, 1988.

WOLF, Jonathan, *Introdução à filosofia política*. Trad. Maria de Fátima St. Aubyn, Lisboa: Gradiva, 2004.

WOLFF, Robert Paul, *Understanding Rawls: A reconstruction and Critique of a “Theory of Justice”*. Princeton: Princeton University Press, 1977.

WOLKMER, Antonio Carlos, *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2001.